

Ronald
Dworkin

Los derechos en serio

Ariel Derecho

Ronald Dworkin

LOS DERECHOS EN SERIO

Ariel

ENSAYO SOBRE DWORKIN

Diseño de la cubierta. Nacho Soriano

Título original:

Taking Rights Seriously

Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres

Traducción de

MARTA GUASTAVINO

1.^a edición: septiembre 1984

1.^a reimpresión: diciembre 1989

2.^a reimpresión: septiembre 1995

3.^a reimpresión: septiembre 1997

4.^a reimpresión: marzo 1999

5.^a reimpresión: abril 2002

© 1977: Ronald Dworkin

Derechos exclusivos de edición en español
reservados para todo el mundo
y propiedad de la traducción:

© 1984 y 2002: Editorial Ariel, S. A.
Provença, 260 - 08008 Barcelona

ISBN: 84-344-1508-9

Depósito legal: B. 2.932 - 2002

Impreso en España

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño
de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida
en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico,
químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia,
sin permiso previo del editor.

Ronald Dworkin es actualmente el sucesor de Hart en su cátedra de la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía jurídica anglosajona. El libro que se presenta a los lectores de habla castellana está formado por un conjunto de artículos escritos en la última década.

Crítico implacable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas, Dworkin —basándose en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista— pretende construir una teoría general del derecho que no excluya ni el razonamiento moral ni el razonamiento filosófico. En este sentido Dworkin es el *antiBentham* en tanto considera que una teoría general del derecho no debe separar la ciencia descriptiva del derecho de la política jurídica. Por otra parte —y también frente a Bentham que consideraba que la idea de los derechos naturales era un disparate en zancos— propone una teoría basada en los derechos individuales, lo cual significa que sin derechos individuales no existe «el Derecho».

La obra de Dworkin ha originado una polémica muy importante que ha trascendido más allá de los círculos académicos. Las tesis de Dworkin han tenido más detractores que seguidores. Un lector imparcial se encontrará con la paradoja de que sus críticos le hayan dedicado tanta atención y, sin embargo —si se atiende al contenido de sus críticas—, sostengan que no merece la pena tomárselo en serio.¹ Es muy posible que la paradoja sea más aparente que real porque la filosofía jurídica de Dworkin constituye un punto de partida interesante para la crítica del positivismo jurídico y de la filosofía utilitarista. Por otra parte pretende fundamentar la filosofía política liberal sobre unas bases más sólidas, progresistas e igualitarias. Todo ello explica el impacto de su obra en el marco de la filosofía jurídica actual.

En Europa continental la obra de Dworkin no es muy conocida. Recientemente se ha traducido al italiano este mismo libro y algunos autores le han dedicado atención. Una de

7

LOS DERECHOS EN SERIO

1. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

El lenguaje de los derechos domina, actualmente, el debate político en los Estados Unidos. Se plantea si el Gobierno respeta los derechos morales y políticos de sus ciudadanos, o bien si la política exterior del Gobierno, o su política racial, vulneran abiertamente tales derechos. Las minorías cuyos derechos han sido violados, ¿tiene, a su vez, derecho a violar la ley? O la propia mayoría silenciosa, ¿tiene derechos, entre ellos el derecho a que quienes infringen la ley sean castigados? No es sorprendente que tales cuestiones tengan ahora primacía. El concepto de los derechos, y especialmente el concepto de los derechos contra el Gobierno, encuentra su uso más natural cuando una sociedad política está dividida y cuando las llamadas a la cooperación o a un objetivo común no encuentran eco.

El debate no incluye el problema de si los ciudadanos tienen *algunos* derechos morales contra su Gobierno; parece que todas las partes aceptan que es así. Los políticos y juristas convencionales se enorgullecen, por ejemplo, de que nuestro sistema jurídico reconozca derechos individuales como los de libertad de expresión, igualdad y proceso debido. Y basan la afirmación de que nuestro sistema jurídico merece respeto, por lo menos parcialmente, en ese hecho, ya que no sostendrían que los sistemas totalitarios merezcan la misma lealtad.

Por cierto que algunos filósofos rechazan la idea de que los ciudadanos tengan derecho alguno, aparte de los que acierta a otorgarles la ley. Bentham pensaba que la idea de derechos morales era el «disparate en zancos». Pero tal opinión jamás ha formado parte de nuestra teoría política ortodoxa, y los políticos de ambos partidos apelan a los derechos del pueblo para justificar gran parte de lo que quieren hacer.

En este ensayo no me ocuparé de defender la tesis de que los ciudadanos tienen derechos morales contra sus gobiernos; quiero, en cambio, estudiar las implicaciones que tiene esta tesis para aquellos —incluyendo el actual gobierno de los Estados Unidos— que dicen aceptarla.

Se discute mucho, por ejemplo, qué derechos concretos tienen los ciudadanos. El derecho reconocido a la libertad de expresión, por ejemplo, ¿incluye el derecho a participar en manifestaciones de protesta? En la práctica, el Gobierno tendrá la última palabra en el problema de cuáles son los derechos del individuo, porque la policía del Gobierno hará lo que digan sus funcionarios y sus tribunales. Pero eso no significa que la opinión del Gobierno sea necesariamente la correcta; cualquiera que piense así debe creer que los hombres y las mujeres no tienen más derechos morales que los que el Gobierno decide concederles, lo que significa que no tienen derecho moral alguno.

En los Estados Unidos, este problema queda en ocasiones oscurecido por el sistema constitucional. La Constitución estadounidense prevé un conjunto de derechos *jurídicos* individuales en la Primera Enmienda y en las cláusulas de proceso debido, igual protección y otras similares. Bajo la práctica jurídica vigente, la Suprema Corte está facultada para declarar nula una ley del Congreso o de una legislatura estatal, si la Corte encuentra que dicha ley vulnera esas estipulaciones. Esta práctica ha sido causa de que algunos comentaristas supusieran que los derechos morales individuales están plenamente protegidos por nuestro sistema, pero no es así, ni podría serlo.

La Constitución funde problemas jurídicos y morales, en cuanto hace que la validez de una ley dependa de la respuesta a complejos problemas morales, como el problema de si una ley determinada respeta la igualdad inherente de todos los hombres. Esta fusión tiene importantes consecuencias para los debates referentes a la desobediencia civil, a los que me refiero en otra parte¹ y a los que volveré a referirme, pero deja abiertas dos cuestiones importantes. No nos dice si la Constitución, aun adecuadamente interpretada, reconoce todos los derechos morales que tienen los ciudadanos, y no nos dice si, tal como muchos suponen, los ciudadanos tendrían el deber de obedecer la ley aun cuando ésta invadiera sus derechos morales.

Ambas preguntas son decisivas cuando alguna minoría reclama derechos morales que la ley le niega, como el dere-

cho a tener y administrar su propio sistema escolar, y respecto de los cuales los juristas están de acuerdo en que no se hallan protegidos por la Constitución. La segunda cuestión se vuelve decisiva cuando, como sucede actualmente, la mayoría está lo bastante radicalizada como para proponer seriamente enmiendas constitucionales que eliminan derechos, tales como el derecho contra la autoacusación. También esta cuestión es decisiva en naciones, como el Reino Unido, que no tienen una constitución comparable a la estadounidense.

Por supuesto que, aun cuando la Constitución fuese perfecta y la mayoría no la discutiera, de ello no se seguiría que la Suprema Corte pudiera garantizar los derechos individuales de los ciudadanos. Una decisión de la Suprema Corte sigue siendo una decisión jurídica, y debe tener en cuenta precedentes y consideraciones institucionales, como las relaciones entre la Corte y el Congreso, así como consideraciones de moralidad. Ninguna decisión judicial es necesariamente la correcta. En los problemas controvertidos de derecho y de moral, los jueces tienen posiciones diferentes y, tal como lo demostraron las disputas por las designaciones de jueces de la Suprema Corte que hizo Nixon, un presidente está autorizado para designar jueces de sus mismas convicciones, siempre que sean honestos y capaces.

Así, aun cuando el sistema constitucional agregue algo a la protección de los derechos morales en contra del Gobierno, está muy lejos de garantizar tales derechos, e incluso de establecer en qué consisten. Eso significa que en algunas ocasiones, un organismo que no es el poder legislativo tiene la última palabra sobre estos problemas, cosa que no puede satisfacer a quien piense que un organismo tal se equivoca.

Es ciertamente inevitable que algún organismo del gobierno deba tener la última palabra sobre el derecho que hay que hacer valer. Cuando los hombres discrepan respecto de los derechos morales, no habrá manera de que ninguna de las partes demuestre su caso, y alguna decisión debe valer para que no haya anarquía, pero esa muestra de sabiduría tradicional debe ser el comienzo, y no el final, de una filosofía de la legislación y aplicación de las leyes. Si no podemos exigir que el Gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de sus ciudadanos, podemos reclamar que por lo menos lo intente. Podemos reclamar que se tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa. Intentaré demostrar qué es lo

eso significa, y de qué manera incide sobre los debates políticos actuales.

2. LOS DERECHOS Y EL DERECHO A INFRINGIR LA LEY

Empezaré por un punto que es objeto de discusiones muy violentas. Un norteamericano, ¿tiene, en alguna ocasión, derecho moral a infringir una ley? Supongamos -que alguien admite que una ley es válida: ¿tiene, por consiguiente, el deber de obedecerla? Los que intentan dar respuesta a esta cuestión se dividen aparentemente en dos campos. Los que llamaré «los conservadores» desaprueban, al parecer, cualquier acto de desobediencia; parecen satisfechos cuando tales actos son enjuiciados y decepcionados cuando se anulan las condenas. El otro grupo, los liberales, muestra mucha mayor comprensión con algunos casos de desobediencia, por lo menos; en ocasiones, desaprueban los enjuiciamientos y celebran las sentencias absueltas. Sin embargo, si miramos más allá de estas reacciones emocionales y prestamos atención a los argumentos que usan ambas partes, nos encontraremos con un hecho asombroso. Los dos grupos dan, esencialmente, la misma respuesta a la cuestión de principio que supuestamente los divide.

La respuesta de ambas partes es la siguiente. En una democracia, o al menos en una democracia que en principio respeta los derechos individuales, cada ciudadano tiene un deber moral general de obedecer todas las leyes, aun cuando podría gustarle que alguna de ellas se cambiara. Tal es su deber para con sus conciudadanos, que en beneficio de él obedecen leyes que no les gustan. Pero este deber general no puede ser un deber absoluto, porque es posible que incluso una sociedad que en principio es justa produzca leyes y directrices injustas, y un hombre tiene deberes aparte de sus deberes para con el Estado. Un hombre debe cumplir sus deberes con su Dios y con su conciencia, y si estos últimos se hallan en conflicto con su deber hacia el Estado, es él, en última instancia, quien tiene derecho a hacer lo que juzga correcto. Sin embargo, si decide que debe infringir la ley, debe someterse al juicio y al castigo que imponga el Estado, como reconocimiento del hecho de que su deber para con sus conciudadanos, aunque haya cedido en importancia ante su obligación moral o religiosa, no se ha extinguido.

Por cierto que esta respuesta común se puede elaborar

de maneras muy diferentes. Hay quienes dirían que el deber para con el Estado es fundamental y presentarían a quien disienta como un fanático religioso o moral. Otros describirían en tono muy renuente el deber para con el Estado y dirían que los que se oponen a él son héroes. Pero éstas son diferencias de tono, y la posición que acabo de describir representa, según creo, la opinión de la mayoría de quienes, en los casos particulares, se muestran tanto en favor como en contra de la desobediencia civil.

No pretendo que esta opinión sea común. Debe de haber quienes sitúan el deber para con el Estado a una altura tal que no conceden que jamás se le pueda desobedecer. Y hay ciertamente algunos que negarían que un hombre tenga jamás el deber moral de obedecer la ley, por lo menos en los Estados Unidos de hoy. Pero estas dos posiciones extremas son los límites de una curva campaniforme, y todos los que se encuentran entre ellas mantienen la posición tradicional que acabo de describir: que los hombres tienen el deber de obedecer la ley, pero también el derecho de seguir lo que les dicta su conciencia, si está en conflicto con tal deber.

Pero, si tal es el caso, nos encontramos con una paradoja, en cuanto hombres que dan la misma respuesta a una cuestión de principio parecen estar en tal desacuerdo, y divididos tan irredimiblemente, en los casos particulares. La paradoja es más profunda aún puesto que cada una de las partes, en algunos casos por lo menos, toma una posición que parece lisa y llanamente incongruente con la posición teórica que ambas aceptan. Fue lo que se demostró, por ejemplo, cuando algunas personas se ampararon en la objeción de conciencia para desobedecer la ley de servicio militar, o animaron a otras a cometer dicho delito. Los conservadores sostuvieron que, aun cuando fueran sinceros, esos hombres debían ser enjuiciados. ¿Por qué? Porque la sociedad no puede tolerar la falta de respeto a la ley que constituye, y estimula, un acto semejante. En una palabra, deben ser enjuiciados para disuadirlos, y disuadir a otros como ellos, de hacer lo que han hecho.

Pero aquí parece haber una contradicción monstruosa. Si un hombre tiene derecho a hacer lo que su conciencia le dice que debe hacer, entonces, ¿cómo se puede justificar que el Estado lo disuada de hacerlo? ¿No está mal que un estado prohíba y castigue aquello que reconoce que los hombres tienen derecho a hacer?

Además, no son sólo los conservadores los que sostienen

que quienes infringen la ley obedeciendo a sus convicciones morales deben ser enjuiciados. El liberal se opone manifiestamente a permitir que los funcionarios de las escuelas racistas demoren la integración, por más que reconozca que tales funcionarios piensan tener derecho moral a hacer lo que la ley prohíbe. Verdad que no es frecuente que el liberal sostenga que se deben hacer valer las leyes de integración para estimular el respeto general por la ley; su argumentación sostiene, en cambio, que se las debe hacer cumplir porque son justas. Pero también su posición parece incongruente: ¿puede ser justo enjuiciar a un hombre por hacer lo que le exige su conciencia, al tiempo que se le reconoce el derecho a hacer lo que le dice su conciencia?

Nos encontramos, por consiguiente, ante dos enigmas. ¿Cómo es posible que, respecto de una cuestión de principio, haya dos partes, cada una de las cuales cree estar en profundo desacuerdo con la otra, y que sin embargo tienen la misma posición ante la cuestión que aparentemente las divide? ¿Cómo es posible que cada parte inste a que se busquen soluciones para determinados problemas que parecen contradecir, lisa y llanamente, la posición de principio que ambas aceptan? Una posible respuesta es que algunos de los que aceptan la posición común, o todos ellos, son unos hipócritas que de labios afuera rinden homenaje a unos derechos de conciencia que de hecho no reconocen.

Esta acusación es hasta cierto punto plausible. Cuando funcionarios públicos que dicen respetar la [objeción de] conciencia negaron a Mohamed Ali el derecho de boxear en sus respectivos estados, en su actitud debe de haber estado en juego cierta hipocresía. Si, pese a sus escrupulos religiosos, Ali se hubiera incorporado al ejército, le habrían permitido boxear aunque su acto, según los principios que tales funcionarios dicen respetar, lo hubiera empeorado como ser humano. Pero los casos tan inequívocos como éste son pocos, e incluso aquí no parecía que los funcionarios reconociesen la contradicción entre sus actos y sus principios. Debemos, pues, buscar alguna explicación que vaya más allá de la verdad de que, con frecuencia, los hombres no quieren decir lo que dicen.

Esa explicación más profunda se halla en un conjunto de confusiones que a menudo dificultan las discusiones referentes a los derechos. Son confusiones que han oscurecido todos los problemas que mencioné en un principio y han frustrado todos los intentos de llegar a formular una teoría cohe-

rente de cómo debe conducirse un gobierno respetuoso de los derechos.

Para poder explicar esto debo llamar la atención sobre el hecho, conocido por los filósofos pero que con frecuencia se ignora en el debate político, de que la palabra «derecho» tiene diferente fuerza en diferentes contextos. En la mayoría de los casos, cuando decimos que alguien tiene «derecho» a hacer algo, damos a entender que estaría mal interferirlo en su hacer, o por lo menos que para justificar cualquier interferencia se necesita algún fundamento especial. Uso este sentido fuerte de la palabra derecho cuando digo que alguien tiene el derecho de gastarse su dinero jugando, si quiere, aunque debería gastarlo de manera más digna y sensata. Lo que quiero decir es que estaría mal que alguien impidiera actuar a esa persona, aun cuando ella se proponga gastar su dinero de una manera que a mí me parece mal.

Hay una clara diferencia entre decir que alguien tiene derecho a hacer algo en este sentido y decir que está «bien» que lo haga, o que no hace «mal» en hacerlo. Alguien puede tener derecho a hacer algo que está mal que haga, como podría ser el caso de jugar con dinero. A la inversa, es posible que esté bien que alguien haga algo y, sin embargo, no tenga derecho a hacerlo, en el sentido de que no estaría mal que alguien interfiriese su intento. Si nuestro ejército capture a un soldado enemigo, podríamos decir que lo que está bien para él es que trate de escapar, pero de ello no se sigue que esté mal que nosotros tratemos de detenerle. Podríamos admirarlo por su intento de escapar e incluso, quizás, tener mala opinión de él si no lo hiciera. Pero admitirlo así no es sugerir que esté mal, de nuestra parte, cerrarle el paso; por el contrario, si creemos que nuestra causa es justa, pensamos que está bien que hagamos todo lo posible para detenerlo.

Por lo común esta distinción —si un hombre tiene derecho a hacer algo, y si está bien que lo haga— no trae problemas. Pero a veces sí, porque a veces decimos que un hombre tiene derecho a hacer algo cuando lo único que queremos es negar que está mal que lo haga. Así, decimos que el prisionero tiene «derecho» a tratar de escaparse cuando lo que queremos decir no es que hacemos mal en detenerlo, sino que él no tiene el deber de no intentarlo. Usamos la palabra «derecho» de esta manera cuando hablamos de que alguien tiene «derecho» a actuar según sus propios principios o a seguir su propia conciencia. Queremos decir que no hace mal

en proceder según sus sinceras convicciones, aun cuando estamos en desacuerdo con ellas y aun cuando, en virtud de directrices recibidas o por otras razones, debamos obligarlo a actuar en contra de ellas.

Supongamos que un hombre cree que los pagos de ayuda social a los pobres constituyen un grave error porque socavan el espíritu de empresa, de manera que anualmente declara la totalidad de sus ingresos, pero se niega a pagar la mitad del impuesto. Podríamos decir que tiene derecho a negarse a pagar, si así lo desea, pero que el Gobierno tiene derecho a actuar en contra de él para obligarlo a pagar la totalidad, y a multarlo o encarcelarlo por moroso, si es necesario para mantener la eficacia operativa del sistema de recaudación. En la mayoría de los casos, no adoptamos esta actitud; no decimos que el ladrón ordinario tenga derecho a robar, si quiere, en tanto que cumpla la condena. Decimos que un hombre tiene derecho a infringir la ley, aun cuando el Estado tenga derecho a castigarlo, únicamente cuando pensamos que, dadas sus convicciones, no hace mal en hacerlo.²

Estas distinciones nos permiten ver una ambigüedad en la cuestión tradicional de si un hombre tiene alguna vez derecho a infringir la ley. Una cuestión tal, ¿significa si alguna vez tiene derecho a infringir la ley en el sentido fuerte, de modo que el Gobierno haría mal en impedírselo, arrestándolo y procesándolo? ¿O lo que significa es que alguna vez hace bien en infringir la ley, de modo que todos debiéramos respetarlo aun cuando el Gobierno deba encarcelarlo?

Si tomamos la posición tradicional como respuesta a la primera cuestión —que es la más importante—, entonces se plantean las paradojas descritas. Pero si la tomamos como respuesta a la segunda, no sucede lo mismo. Conservadores y liberales están efectivamente de acuerdo en que a veces, cuando su conciencia se lo exige, un hombre no hace mal en infringir una ley. Discrepan —cuando discrepan— respecto de un problema diferente: cuál ha de ser la reacción del Estado. De hecho, ambas partes piensan que en ocasiones el Estado debe procesarlo, pero esto no es incongruente con la proposición según la cual el procesado hizo bien en infringir la ley.

Las paradojas parecen auténticas porque generalmente no se distinguen las dos cuestiones, y la posición tradicional se presenta como solución general para el problema de la desobediencia civil. Pero una vez que se establece la distinción, queda de manifiesto que la posición solo ha sido tan

ampliamente aceptada porque, cuando se la aplica, se la trata como respuesta a la segunda cuestión, pero no a la primera. La distinción crucial queda oscurecida por la inquietante idea de un derecho a la conciencia; esta idea, que ha estado en el centro de la mayoría de las últimas discusiones sobre la obligación política, es una pista errónea que nos aparta de las cuestiones políticas decisivas. El estado de conciencia de un hombre puede ser [un factor] decisivo o central cuando lo que se plantea como problema es si hace algo moralmente malo al infringir la ley; pero no es necesariamente decisivo, ni siquiera central, cuando el problema es si tiene derecho, en el sentido fuerte del término, a hacerlo. Un hombre no tiene derecho, en ese sentido, a hacer cualquier cosa que su conciencia le exija, pero puede tener derecho, en ese sentido, a hacer algo aunque su conciencia no se lo exija.

Si tal cosa es verdad, entonces no ha habido casi ningún intento serio de responder a las preguntas que casi todos tienen intención de formular. Podemos empezar de nuevo enunciando con más claridad tales cuestiones. Un norteamericano, ¿tiene alguna vez el derecho, en sentido fuerte, de hacer algo que va contra la ley? Y si lo tiene, ¿cuándo? Con el fin de responder a estas cuestiones, formuladas de esta manera, debemos intentar aclararnos las implicaciones de la idea, que antes mencionamos, de que los ciudadanos tienen por lo menos algunos derechos en contra de su gobierno.

Dije que en los Estados Unidos se supone que los ciudadanos tienen ciertos derechos fundamentales en contra de su Gobierno, ciertos derechos morales que la Constitución convierte en jurídicos. Si esta idea algo significa y merece que se haga alarde de ella, estos derechos deben ser derechos en el sentido fuerte que acabo de describir. La afirmación de que los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión debe implicar que estaría mal que el Gobierno les impidiese usar de ella, aun cuando el Gobierno crea que lo que han de decir causará más mal que bien. La afirmación no puede querer decir —volvamos a la analogía del prisionero de guerra— únicamente que los ciudadanos no hacen mal en decir lo que piensan, aunque el Gobierno se reserve el derecho de impedirles que lo hagan.

Este punto es decisivo y quiero insistir sobre él. Por cierto que un gobierno responsable debe estar dispuesto a justificar cualquier cosa que haga, especialmente cuando limita la libertad de sus ciudadanos. Pero normalmente es justificación suficiente, incluso para un acto que limita la libertad,

que el acto esté calculado para incrementar lo que los filósofos llaman la utilidad general, es decir, que esté calculado para producir, en términos generales, más beneficio que daño. Así, aunque el ayuntamiento de la Ciudad de Nueva York necesite una justificación para prohibir a los motoristas el tránsito por Lexington Avenue, es justificación suficiente que los funcionarios correspondientes crean, basándose en sólidas pruebas, que el beneficio obtenido por la mayoría excederá las molestias que sufran los menos. Cuando se dice que los ciudadanos individuales tienen derechos en contra del Gobierno, sin embargo, como el derecho a la libertad de expresión, eso debe querer decir que esta clase de justificación no es suficiente. De otra manera, no se afirmaría que los individuos tienen especial protección contra la ley cuando están en juego sus derechos, y ése es, justamente, el sentido de la afirmación.

No todos los derechos jurídicos, ni siquiera los derechos constitucionales, representan derechos morales en contra del Gobierno. Actualmente, tengo el derecho jurídico de conducir en ambas direcciones por la calle Cincuenta y Siete [de Nueva York], pero el Gobierno no haría mal en convertirla en calle de dirección única si considerase que así se favorece el interés general. Tengo el derecho constitucional de votar por un congresista cada dos años, pero los gobiernos nacional y estatal no harían mal si, ajustándose al procedimiento de enmiendas, llevaran a cuatro años, en vez de dos, el término de los congresistas, siempre sobre la base de juzgar que así se favorecería el bien general.

Pero se supone que los derechos constitucionales que llamamos fundamentales, como el derecho a la libertad de expresión, representan derechos en contra del Gobierno en el sentido fuerte; eso es lo que da sentido al alarde de afirmar que nuestro sistema jurídico respeta los derechos fundamentales del ciudadano. Si los ciudadanos tienen un derecho moral a la libertad de expresión, entonces los gobiernos harían mal en derogar la Primera Enmienda, que lo garantiza, por más que estuvieran persuadidos de que la mayoría estaría mejor si se restringiera ese derecho.

Tampoco quiero exagerar. Quien afirme que los ciudadanos tienen un derecho en contra del Gobierno no necesita ir tan lejos que diga que el Estado no tiene *nunca* justificación para invalidar ese derecho. Podría decir, por ejemplo, que aunque los ciudadanos tengan derecho a la libertad de expresión, el Gobierno puede invalidar ese derecho cuando

es necesario para proteger los derechos de otros, o para impedir una catástrofe o incluso para obtener un mayor beneficio público claro e importante (aunque si reconociera esto último como justificación posible no estaría colocando al derecho en cuestión entre los más importantes o fundamentales). Lo que no puede hacer es decir que el Gobierno está justificado para invalidar un derecho basándose en los fundamentos mínimos que serían suficientes si tal derecho no existiera. No puede decir que el Gobierno está autorizado para actuar sin más base que un juicio según el cual es probable que, en términos generales, su acción produzca un beneficio a la comunidad. Esta admisión despojaría de sentido a las reclamaciones de derecho, y demostraría que está usando la palabra «derecho» en algún sentido que no es el sentido necesario para dar a su afirmación la importancia política que normalmente se le supone.

Pero entonces las respuestas a nuestras dos cuestiones referentes a la desobediencia parecen simples, aunque nada ortodoxas. En nuestra sociedad, un hombre tiene en ocasiones el derecho, en el sentido fuerte, de desobedecer una ley. Tiene ese derecho toda vez que la ley invade injustamente sus derechos en contra del Gobierno. Si tiene derecho moral a la libertad de expresión, eso significa que tiene derecho moral a infringir cualquier ley que el Gobierno, en virtud de su derecho [el del hombre] no tenía derecho a adoptar. El derecho a desobedecer la ley no es un derecho aparte, que tenga algo que ver con la conciencia y se agregue a otros derechos en contra del Gobierno. Es simplemente una característica de los derechos en contra del Gobierno y, en principio, no se le puede negar sin negar al mismo tiempo que tales derechos existen.

Estas respuestas parecen obvias una vez que tomamos los derechos en contra del Gobierno como derechos en el sentido fuerte que he precisado. Si tengo derecho a decir lo que pienso sobre temas políticos, entonces el Gobierno actúa incorrectamente si me pone fuera de la ley por hacerlo, aunque piense que actúa en protección del interés general. Si, pese a todo, el Gobierno me pone fuera de la ley por mi acto, entonces comete una nueva injusticia al hacer cumplir esa ley en contra de mí. Mi derecho contra el Gobierno significa que el Gobierno no puede impedirme hablar; el Gobierno no puede hacer que impidármelo esté bien por el solo hecho de haber dado el primer paso.

Por cierto que todo esto no nos dice exactamente qué de-

rechos tienen los hombres en contra del Gobierno. No nos dice si el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a manifestarse. Pero sí quiere decir que la promulgación de una ley no puede afectar a los derechos que efectivamente tienen los hombres, y esto es de importancia decisiva porque muestra la actitud que está permitida al individuo, en cuanto a su decisión personal, cuando el problema que se plantea es el de la desobediencia civil.

Tanto los conservadores como los liberales suponen que en una sociedad —en términos generales— decente, todo el mundo tiene el deber de obedecer la ley, sea ésta cual fuere. Tal es la fuente de la cláusula de «deber general» en la posición tradicional, y aunque los liberales creen que en ocasiones se puede «dejar de lado» este deber, incluso ellos suponen, lo mismo que la posición tradicional, que el deber de obediencia se mantiene, en cierta forma, sumergido, de modo que un hombre hace bien en aceptar el castigo en reconocimiento de tal deber. Pero este deber general es poco menos que incoherente en una sociedad que reconoce los derechos. Si un hombre cree que tiene derecho a manifestarse, debe creer también que estaría mal que el Gobierno se lo impidiera, con o sin el beneficio de una ley. Si está autorizado para creer eso, es una tontería hablar de un deber de obedecer la ley como tal, o de un deber de aceptar el castigo que el Estado no tiene derecho a imponerle.

Los conservadores objetarán la superficialidad con que he tratado su punto de vista. Argumentarán que aun cuando el Gobierno haya hecho mal en adoptar cierta ley, como una que limite la libertad de expresión, hay razones independientes por las que se justifica que, una vez adoptada, la haga respetar. Entonces, sostienen, si la ley prohíbe las manifestaciones, es porque entra en juego algún principio más importante que el derecho individual a la libertad de expresión, a saber, el principio del respeto a la ley. Si a una ley, aunque sea mala, no se la hace valer, se debilita el respeto a la ley, y la sociedad, como tal, se resiente. De modo, pues, que un individuo pierde el derecho moral a expresarse cuando se constituye en delito la libertad de expresión, y el Gobierno, en aras del bien común y del beneficio general, debe hacer valer la ley en contra de él.

Pero este argumento, por más popular que sea, sólo es plausible si olvidamos lo que significa decir que un individuo tiene un derecho en contra del Estado. No es obvio, ni mucho menos, que la desobediencia civil disminuya el respeto

por la ley, pero aunque supusiéramos que así es, este hecho no viene al caso. La perspectiva de logros utilitarios no puede justificar que se impida a un hombre hacer lo que tiene derecho de hacer, y las supuestas ganancias por el respeto a la ley son simplemente logros utilitarios. Ningún sentido tendría jactarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que ello lleve implícito cierto sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser que renunciamos a cualesquiera beneficios marginales que pudiera obtener nuestro país al dejar de lado estos derechos toda vez que resulten inconvenientes. De modo que el beneficio general no constituye una buena base para recortar los derechos, ni siquiera cuando el beneficio en cuestión sea un incremento del respeto por la ley.

Pero quizás es incorrecto suponer que el argumento referido al respecto a la ley no es más que una apelación a la utilidad general. Dije que puede estar justificado que un estado deje de lado los derechos, o los limite, por otros motivos, y antes de rechazar la posición conservadora, debemos preguntarnos si alguno de ellos es válido. Entre estos motivos, el más importante —y el peor comprendido— es el que pone en juego la noción de *derechos concurrentes* que se verían amenazados si no se limitase el derecho en cuestión. Los ciudadanos tienen tanto derechos personales a la protección del Estado como derechos personales a estar libres de la interferencia estatal, y puede ser necesario que el Gobierno escoja entre ambas clases de derechos. La ley de difamación, por ejemplo, limita el derecho personal de cualquier hombre a decir lo que piensa, porque le exige que tenga sólidos fundamentos para lo que dice. Pero esta ley se justifica, incluso para quienes piensan que efectivamente invade un derecho personal, por el hecho de que protege el derecho de otros a no ver arruinada su reputación por una afirmación desaprensiva.

Los derechos individuales que reconoce nuestra sociedad entran frecuentemente en conflicto de esta manera, y cuando tal cosa sucede, la función del gobierno es decidir. Si el Gobierno hace la opción adecuada, y protege el [derecho] más importante a costa del que lo es menos, entonces no ha debilitado ni desvalorizado la noción de [lo que es] un derecho; cosa que, por el contrario, habría hecho si hubiera dejado de proteger al más importante de los dos. Debemos, pues, reconocer que el Gobierno tiene una razón para limitar los derechos si cree, de forma plausible, que un derecho concurrente es más importante.

Cabe preguntar si el conservador puede aprovecharse de este hecho. Podría argumentar que hice mal en caracterizar su argumento diciendo que apela al beneficio general, cuando lo que hace es apelar a los derechos concurrentes, a saber, al derecho moral de la mayoría a hacer valer sus leyes, o al derecho de la sociedad a mantener el grado de orden y seguridad que desea. Son éstos los derechos, nos diría, con que se ha de comparar el derecho individual a hacer lo que la ley injusta prohíbe.

Pero este nuevo argumento es confuso, porque depende a su vez de una nueva ambigüedad en el lenguaje referente a los derechos. Es verdad que hablamos del «derecho» de la sociedad a hacer lo que quiere, pero éste no puede ser un «derecho concurrente» del tipo que puede justificar la invasión de un derecho en contra del Gobierno. La existencia de derechos en contra del Gobierno se vería amenazada si el Gobierno pudiera vulnerar uno de esos derechos apelando al derecho de una mayoría democrática a imponer su voluntad. Un derecho en contra del Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese «algo» se haga. Si ahora decimos que la sociedad tiene derecho a hacer cualquier cosa que signifique un beneficio general, o derecho a preservar el tipo de ambiente en que desea vivir la mayoría, y lo que queremos decir es que ése es el tipo de derechos que proporcionan una justificación para ignorar cualquier derecho en contra del Gobierno que pudiera entrar en conflicto con ellos, entonces hemos aniquilado estos últimos derechos.

Con el fin de salvaguardarlos, debemos reconocer el carácter de derechos concurrentes sólo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos. Debemos distinguir los «derechos» de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales, y los derechos personales de los miembros de una mayoría, que bien podrían contar. La prueba que debemos usar es la siguiente. Alguien tiene un derecho concurrente a ser protegido, que debe ser evaluado frente a un derecho individual a actuar, si esa persona está autorizada para exigir tal protección de su gobierno por cuenta propia, como individuo, sin tener en cuenta si la mayoría de sus conciudadanos se unen a la demanda.

Según esta prueba, no puede ser verdad que alguien tenga derecho de hacer valer todas las leyes penales que, si no

fueran ya ley, tendría el derecho de hacer promulgar. Las leyes contra la violencia personal bien podrían pertenecer a esa clase. Si los miembros físicamente vulnerables de la comunidad —los que necesitan protección policial contra la violencia personal— no fueran más que una pequeña minoría, todavía parecería plausible decir que tienen derecho a esa protección. Pero no se puede pensar que las leyes que aseguran cierto nivel de tranquilidad en los lugares públicos o que autorizan y financian una guerra extranjera se apoyen en los derechos individuales. La tímida dama que recorre las calles de Chicago no tiene derecho [a gozar] exactamente de la medida de tranquilidad de que actualmente disfruta, ni tampoco a que la juventud sea reclutada para pelear en guerras que ella aprueba. Hay leyes —tal vez leyes deseables— que le aseguran esas ventajas, pero la justificación de tales leyes, si es que la tienen, no es su derecho personal, sino el deseo común de una gran mayoría. Por consiguiente, si esas leyes recortan efectivamente el derecho moral de alguien a protestar, o su derecho a la seguridad personal, la señora no puede alegar un derecho concurrente que justifique tal reducción. Ella no tiene derecho personal alguno a hacer promulgar tales leyes, como tampoco tiene derecho concurrente a hacerlas valer.

De manera que el conservador no puede sacar mucho partido de su argumento basándose en los derechos concurrentes, pero tal vez quiera basarse en otras razones. Podría argumentar que un gobierno puede estar justificado para recortar los derechos personales de sus ciudadanos en una emergencia, o cuando así se pueda evitar una pérdida muy grande, o quizás cuando es obvio que puede asegurarse algún importante beneficio. Si la nación está en guerra, es posible que se justifique una política de censura, aunque pueda invadir el derecho a decir lo que uno piensa sobre temas políticamente controvertidos. Pero la emergencia debe ser auténtica. Debe darse lo que Oliver Wende Holmes describió como un peligro claro y presente, y además el peligro debe ser de magnitud.

¿Pueden sostener los conservadores que cuando se vota una ley, aunque sea injusta, se puede recurrir a este tipo de justificación para hacerla cumplir? Su argumento podría estar en esta línea. Si el Gobierno reconoce alguna vez que puede equivocarse —que el poder legislativo puede haber adoptado, el ejecutivo aprobado y el judicial aplicado, una ley que de hecho recorta derechos importantes—, entonces

esta admisión no sólo conducirá a una declinación marginal del respeto por la ley, sino a una crisis del orden. Es posible que los ciudadanos decidan obedecer únicamente las leyes que personalmente aprueban, lo cual equivale a la anarquía. Por eso el Gobierno debe insistir en que, sean cuales fueren los derechos de un ciudadano antes de que una ley sea votada por el Congreso y respaldada por los tribunales, en lo sucesivo sus derechos están determinados por esa ley.

Pero este argumento desconoce la primitiva distinción entre lo que puede suceder y lo que sucederá. Si permitimos que sean las conjeturas el fundamento de la justificación de la emergencia o del beneficio decisivo, entonces, una vez más, hemos aniquilado los derechos. Debemos, como decía Learned Hand, descontar de la gravedad del mal que nos amenaza la probabilidad de que esa amenaza se concrete. No conozco ninguna prueba auténtica de que el hecho de tolerar cierta desobediencia civil, por respeto a la posición moral de quienes la ejercen, haya de incrementar tal desobediencia, y mucho menos el crimen en general. La afirmación de que así ha de ser debe basarse en vagas suposiciones referentes al contagio de los delitos comunes, suposiciones de las que no hay prueba alguna y que de todas maneras no vienen al caso. Parece por lo menos igualmente plausible sostener que la tolerancia intensificará el respeto por los funcionarios y por las leyes que éstos promulgan, o que por lo menos disminuirá la rapidez con que tal respeto se pierde.

Si el problema fuera simplemente la cuestión de si la comunidad estaría marginalmente mejor en el caso de una estricta imposición de la ley, entonces el gobierno tendría que decidir con las pruebas con que contamos, y quizás no fuera irracional decidir que, pensándolo bien, efectivamente así sería. Pero como lo que está en juego son los derechos, el problema es muy diferente: de lo que se trata es de si la tolerancia llegaría a destruir la comunidad o a amenazarla con graves daños, y suponer que las pruebas con que contamos avalan tal respuesta como probable o siquiera como concebible me parece, simplemente, descabellado.

El argumento de la emergencia es confuso también en otro sentido. Supone que el Gobierno debe tomar, o bien la posición de que un hombre nunca tiene el derecho de infringir la ley, o bien de que lo tiene siempre. He dicho que cualquier sociedad que pretenda reconocer los derechos debe abandonar la idea de un deber general de obedecer la ley que sea válido en todos los casos. Esto es importante, porque de-

muestra que las reclamaciones de derechos de un ciudadano no se pueden zanjar sin reflexión. Si un ciudadano sostiene que tiene derecho moral a no prestar servicios en el ejército, o a protestar de una manera que él considera efectiva, entonces el funcionario que quiera darle respuesta y no simplemente obligarle a obedecer por la fuerza, debe responder al punto que él señala, y no puede acudir a la ley de reclutamiento ni a una decisión de la Suprema Corte como argumentos de peso especial, y mucho menos decisivo. A veces, un funcionario que considere de buena fe los argumentos morales del ciudadano, se convencerá de que el reclamo de éste es plausible, e incluso justo. De ello no se sigue, sin embargo, que siempre se dejará persuadir o que siempre deba hacerlo.

Debo insistir en que todas estas proposiciones se refieren al sentido fuerte de [la palabra] derecho y, por consiguiente, dejan sin responder importantes cuestiones referentes a lo que está bien hacer. Si un hombre cree que tiene derecho a infringir la ley, debe entonces plantear[se] si hace bien en ejercer ese derecho. Debe recordar que entre hombres razonables puede haber diferencia respecto de si tiene el derecho en contra del Gobierno, y por consiguiente el derecho a infringir la ley, que él cree tener; de lo cual se desprende que hombres razonables pueden oponérsele de buena fe. Debe tener en cuenta las diversas consecuencias que tendrán sus actos; si es posible que pongan en juego la violencia, o cualquier otra consideración que pueda ser importante según el contexto; no debe ir más allá de los derechos que puede reclamar de buena fe ni cometer actos que violen los derechos ajenos.

Por otra parte, si un funcionario, un fiscal digamos, cree que el ciudadano *no* tiene derecho a infringir la ley, entonces él debe preguntar[se] si hace bien en imponer su cumplimiento. En el capítulo 8 sostengo que ciertas características de nuestro sistema jurídico, y en particular la fusión de problemas jurídicos y morales que se da en nuestra Constitución, significa que con frecuencia los ciudadanos hacen bien en ejercer lo que ellos consideran derechos morales de infringir la ley, y que con frecuencia los fiscales hacen bien en no enjuiciarlos por ello. No quiero anticipar aquí estos argumentos, y sí, en cambio, preguntarme si la exigencia de que el Gobierno se tome en serio los derechos de sus ciudadanos tiene algo que ver con la cuestión, decisiva, de en qué consisten tales derechos.

3. LOS DERECHOS CONTROVERTIDOS

Hasta el momento, esta argumentación ha sido hipotética: si un hombre tiene un determinado derecho moral en contra del Gobierno, ese derecho sobrevive a las leyes y sentencias contrarias. Pero con esto no se nos dice qué derechos tiene, y es notorio que respecto de esto reina el desacuerdo entre los hombres razonables. En ciertos casos muy claros, el acuerdo es amplio; casi todos los que creen en los derechos admitirían, por ejemplo, que un hombre tiene el derecho moral de decir lo que piensa, de manera no agresiva, en cuestiones de interés político, y que ése es un derecho importante, que el Estado debe esforzarse por proteger. Pero la controversia se centra en torno a los límites de tales derechos paradigmáticos, y un caso que lo exemplifica es el de la llamada ley «anti-disturbios», en el famoso Proceso a los Siete que tuvo lugar en Chicago en la última década.

A los procesados se les acusaba de conspirar para cruzar las fronteras estatales con la intención de causar disturbios. El cargo es vago —tal vez inconstitucionalmente vago—, pero aparentemente la ley define como criminales los discursos emotivos que sostienen que la violencia se justifica con el fin de asegurar la igualdad política. El derecho a la libertad de expresión, ¿ampara este tipo de discurso? He aquí, por cierto, un problema jurídico, en cuanto invoca la cláusula de libertad de expresión de la Primera Enmienda a la Constitución. Pero también es un problema moral, porque, como dije, debemos considerar a la Primera Enmienda como un intento de proteger un derecho moral. Es parte de la tarea de gobernar la de «definir» los derechos morales mediante leyes y decisiones judiciales, es decir, la de declarar oficialmente la extensión que asignará el Derecho a los derechos morales. El Congreso se planteó este problema cuando votó la ley anti-disturbios, y la Suprema Corte se ha visto frente a él en innumerables casos. ¿Cómo han de enfocar los diferentes departamentos del gobierno la definición de los derechos morales?

Deben comenzar por tomar conciencia de que cualquier cosa que decidan podría estar equivocada. Tanto la historia como sus propios descendientes podrían juzgar que actuaron injustamente allí donde ellos creían tener razón. Si se toman con seriedad su deber, deben tratar de limitar sus

errores y, por ende, deben intentar descubrir dónde pueden estar los peligros de equivocación.

Con este fin podrían escoger uno u otro de dos modelos muy diferentes. El primero recomienda que se busque un equilibrio entre los derechos del individuo y las exigencias de la sociedad como tal. Si el Gobierno *infinge* un derecho moral (por ejemplo, definiendo el derecho a la libertad de expresión más estrictamente de como lo requiere la justicia) entonces ha inferido un agravio al individuo. Por otra parte, si el Gobierno amplía un derecho (al definirlo de manera más amplia de lo que exige la justicia), entonces defrauda a la sociedad, privándola de algún beneficio general, tal como la seguridad ciudadana, que no hay razón para que no tenga. De modo que un error que inclina la balanza hacia un lado es tan grave como uno que la inclina hacia el otro. La ruta del gobierno ha de consistir en mantener el timón en la línea media, equilibrando el bienestar general con los derechos personales y dando a cada cual lo debido.

Cuando el Gobierno, o cualquiera de sus ramas, define un derecho, debe tener presente —de acuerdo con el primer modelo— el coste social de diferentes propuestas y hacer los ajustes necesarios. No debe conceder la misma libertad a las manifestaciones ruidosas que a la tranquila discusión política, por ejemplo, porque las primeras causan mucha más inquietud que la última. Una vez que decide en qué medida ha de reconocer un derecho, debe hacer valer plenamente su decisión, lo cual significa permitir que el individuo actúe en el marco de sus derechos, tal como los ha definido el Gobierno, pero no más allá de ellos, de modo que si alguien infringe la ley, aun cuando sea por motivos de conciencia, debe ser castigado. Es indudable que cualquier gobierno cometerá errores, y lamentará decisiones que alguna vez tomó. Eso es inevitable, pero esta política intermedia ha de asegurar que, a la larga, los desequilibrios hacia un lado compensarán los desequilibrios hacia el otro.

Vistas las cosas así, el primer modelo parece sumamente plausible y creo que la mayoría de los legos y de los juristas lo aceptarán con agrado. La metáfora del equilibrio entre el interés público y los reclamos personales está bien establecida en nuestra retórica judicial y política, y es una metáfora que hace del modelo algo tan familiar como atractivo. Sin embargo, el primer modelo es falso; lo es, ciertamente en el caso de los derechos considerados generalmente como importantes, y la metáfora es el fondo del error.

La institución de los derechos en contra del Gobierno no es un don de Dios, ni un ritual antiguo ni un deporte nacional. Es una práctica compleja y engorrosa, que hace más difícil y más cara la tarea gubernamental de asegurar el beneficio general, y que —a menos que sirviera de algo— sería una práctica frívola e injusta. Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio, y que elogie a nuestro Gobierno por respetarlos, debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar, como mínimo, una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea, asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana, y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto.

La segunda es la idea, más familiar, de la igualdad política, que supone que los miembros más débiles de una comunidad política tiene derecho, por parte del gobierno, a la misma consideración y el mismo respeto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos, de manera que si algunos hombres tienen libertad de decisión, sea cual fuere el efecto de la misma sobre el bien general, entonces todos los hombres deben tener la misma libertad. No es mi propósito elaborar ni defender aquí estas ideas, sino solamente insistir en que cualquiera que sostenga que los ciudadanos tienen derechos debe aceptar ideas muy próximas a éstas.³

Tiene sentido decir que un hombre tiene un derecho fundamental en contra del Gobierno, en el sentido fuerte, como la libertad de expresión, si ese derecho es necesario para proteger su dignidad, o su status como acreedor a la misma consideración y respeto o algún otro valor personal de importancia similar; de cualquier otra manera no tiene sentido.

De modo que, si los derechos tienen sentido, la invasión de un derecho relativamente importante debe ser un asunto muy grave, que significa tratar a un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres. La institución de los derechos se basa en la convicción de que ésa es una injusticia grave, y que para prevenirla vale la pena pagar el coste adicional de política social o eficiencia que sea necesario. Pero entonces, no debe ser exacto decir que la extensión de los derechos es una injusticia tan grave como su invasión. Si el Gobierno yerra hacia el lado del individuo, entonces simplemente, en términos de eficiencia social, paga un poco más de lo que tiene

que pagar; es decir, paga un poco más en la misma moneda que ya ha decidido que se ha de gastar. Pero si yerra en contra del individuo, le infinge un insulto que para evitarlo, según el propio gobierno lo reconoce, requiere un gasto mucho mayor de esa moneda.

El primer modelo es, pues, indefendible. De hecho, descansa sobre un error que ya analicé antes, a saber, la confusión de los derechos de la sociedad con los derechos de los miembros de la sociedad. El «equilibrio» es apropiado cuando el Gobierno debe escoger entre pretensiones de derecho concurrentes; por ejemplo, entre la pretensión de libertad de asociación de los sureños y la pretensión del negro de tener acceso a una educación igual. Entonces, el Gobierno no puede hacer otra cosa que estimar los méritos de las pretensiones concurrentes y actuar de acuerdo con esa estimación. El primer modelo supone que el «derecho» de la mayoría es un derecho concurrente, que es menester equilibrar de esa manera; pero eso, como ya argumenté, es una confusión que amenaza con destruir el concepto de los derechos individuales. Vale la pena señalar que la comunidad rechaza el primer modelo en el ámbito en que es más lo que está en juego para el individuo: el proceso criminal. Decimos que es mejor dejar en libertad a muchos culpables que castigar a un inocente, y esa homilía descansa sobre la elección del segundo modelo de gobierno.

Para el segundo modelo, recortar un derecho es mucho más grave que extenderlo, y sus recomendaciones se derivan de ese juicio. El modelo estipula que, una vez reconocido un derecho en los casos más claros, el Gobierno debe actuar de manera tal que sólo se recorte ese derecho cuando se presenta alguna razón convincente, que sea congruente con las suposiciones sobre las cuales debe basarse el derecho original. Una vez que está concedido, el simple hecho de que la sociedad pagaría un precio mayor por extenderlo no puede ser un argumento para restringir un derecho. Debe haber algo especial en ese mayor precio, o el caso debe tener alguna otra característica que permita decir que, aunque se justifica un gran coste social para proteger el derecho original, ese coste particular no es necesario. En otras palabras, si el Gobierno no amplía ese derecho, estará demostrando que su reconocimiento del mismo en el caso original es una ficción, una promesa que sólo se propone mantener mientras no le resulte inconveniente.

¿Cómo podemos demostrar que no vale la pena pagar un

coste determinado sin retirar el reconocimiento inicial de un derecho? No se me ocurren más que tres tipos de razones que se puedan usar de manera coherente para limitar la definición de un derecho determinado. Primero, el Gobierno podría demostrar que los valores protegidos por el derecho original no están realmente en juego en el caso marginal, o lo están solamente en alguna forma atenuada. Segundo, podría demostrar que si se define el derecho de manera tal que incluye el caso marginal, se recortaría algún derecho concurrente, en el sentido fuerte que ya describí antes. Tercero, se podría demostrar que si se definiera de esa manera el derecho, entonces no se incrementaría simplemente el coste social, sino que ese incremento sería de una magnitud que trascendería en mucho el coste pagado para conceder el derecho original; una magnitud lo bastante grande como para que se justifique cualquier ataque a la dignidad o a la igualdad que pudiera significar.

Es bastante fácil aplicar estas razones a un grupo de problemas, integrantes de las cuestiones constitucionales, que tuvo que plantearse la Suprema Corte. La ley de reclutamiento disponía una eximente para los objetores de conciencia, pero esta eximente, tal como la han interpretado las juntas de reclutamiento, se ha limitado a quienes objetan *todas* las guerras por razones *religiosas*. Si suponemos que la eximente se justifica sobre la base de que un individuo tiene el derecho moral de no matar en violación de sus propios principios, entonces se plantea la cuestión de si corresponde excluir a aquellos cuya moralidad no se basa en la religión, o cuya moralidad es lo bastante compleja como para establecer distinciones entre las guerras. Como cuestión de derecho constitucional, la Corte sostuvo que las juntas de reclutamiento hacían mal en excluir a los primeros, pero eran competentes para excluir a los últimos.

Ninguna de las tres razones que enumeré puede justificar ninguna de estas exclusiones como cuestión de moralidad política. La invasión de la personalidad [que significa] obligar a los hombres a matar cuando ellos creen que matar es inmoral es la misma cuando sus creencias se basan en razones seculares o tienen en cuenta que las guerras difieren de maneras moralmente pertinentes, y no hay diferencia pertinente en [la existencia de] derechos concurrentes o de una emergencia nacional. Hay diferencias entre los casos, naturalmente, pero son insuficientes para justificar la distinción. Un gobierno que en principio es secular no puede preferir una

moralidad de base religiosa a una que no la tiene. Hay argumentos utilitaristas que favorecen que se limite la excepción a razones religiosas o universales: una eximente así limitada puede ser de administración más barata y quizás permita distinguir más fácilmente entre los objetores sinceros y los que no lo son. Pero estas razones utilitaristas no vienen al caso, porque no pueden contar como fundamentos para limitar un derecho.

Y ¿qué se puede decir de la ley anti-disturbios, tal como se aplicó en el proceso de Chicago? Esta ley, ¿representa una limitación injusta del derecho a la libertad de expresión, supuestamente protegido por la Primera Enmienda? Si hubiéramos de aplicar a este problema el primer modelo de gobierno, el argumento en favor de la ley anti-disturbios parecería fuerte. Pero si dejamos aparte como inadecuadas las referencias al equilibrio y buscamos las razones apropiadas para limitar un derecho, entonces el argumento se debilita bastante. El derecho original a la libertad de expresión debe suponer que es una afrenta a la personalidad humana impedir a un hombre que exprese lo que sinceramente cree, particularmente respecto de cuestiones que afectan a la forma en que se lo gobierna. Sin duda la afrenta es mayor, y no menor, cuando se le impide que exprese aquellos principios de moralidad política que más apasionadamente sostiene, frente a cosas que él considera violaciones flagrantes de dichos principios.

Se puede decir que la ley anti-disturbios lo deja en libertad de expresar esos principios de manera no provocativa, pero así se pasa por alto la conexión señalada entre expresión y dignidad. Un hombre no puede expresarse libremente cuando no puede equiparar su retórica con su agravio, o cuando debe moderar su vuelo para proteger valores que para él no cuentan, en comparación con aquellos que intenta vindicar. Es verdad que algunos opositores políticos hablan de maneras que escandalizan a la mayoría, pero es una arrogancia que la mayoría suponga que los métodos de expresión ortodoxos son las maneras adecuadas de hablar, porque tal suposición constituye una negativa de la igualdad de consideración y respeto. Si el sentido del derecho es proteger la dignidad de los opositores, entonces los juicios referentes a cuál es el discurso apropiado se han de formular teniendo presente la personalidad de los opositores, no la personalidad de la mayoría «silenciosa», para la cual la ley anti-disturbios no representa restricción alguna.

De ahí que no sirva el argumento según el cual los valores protegidos por el derecho original están menos vulnerados en el caso marginal. Debemos considerar ahora si los derechos concurrentes, o alguna amenaza grave a la sociedad no justifican, sin embargo, la ley anti-disturbios. Podemos considerar juntas estas dos razones, porque los únicos derechos concurrentes plausibles son los derechos a verse libre de violencia, y la violencia es la única amenaza plausible a la sociedad que proporciona el contexto.

Nadie tiene el derecho de quemarme la casa, de apedrearme o apedrear mi coche o de hundirme el cráneo con una cadena de bicicleta, aunque le parezca que éstos son medios naturales de expresión. Pero a los acusados en el proceso de Chicago no se les imputaban actos de violencia directa; lo que se sostendía era que los actos de discurso que planeaban podrían hacer que otros cometieran actos de violencia, ya fuera como demostración de apoyo o de hostilidad a lo que ellos decían. ¿Proporciona esto una justificación?

La cuestión sería diferente si pudiéramos decir con algún margen de confianza cuánta violencia se podría esperar que previniera la ley anti-disturbios, y de qué clase. ¿Ahorraría dos vidas por año, doscientas o dos mil? ¿Dos mil dólares de propiedades o doscientos mil? ¿O dos millones? Nadie puede decirlo, y no simplemente porque la predicción sea poco menos que imposible, sino porque no tenemos una comprensión segura del proceso mediante el cual la manifestación se convierte en desorden, ni —en particular— del papel que en todo esto desempeña el discurso inflamatorio, a diferencia de la pobreza, la brutalidad policial, la sed de sangre y todo el resto de los fallos humanos y económicos. El Gobierno, naturalmente, debe intentar reducir el despilfarro violento de vidas y propiedades, pero debe reconocer que cualquier intento de localizar y extirpar una causa de tumultos, a no ser que se trate de una reorganización de la sociedad, debe ser un ejercicio conjetural de un proceso de ensayo y error. El gobierno ha de tomar sus decisiones en condiciones de muy elevada incertidumbre, y la institución de los derechos, si se la toma en serio, limita su libertad de experimentar en tales condiciones.

Obliga además al Gobierno a tener presente que impedir a un hombre que hable o que se manifieste le inflige un insulto profundo y seguro, a cambio de un beneficio conjetural que, en todo caso, se puede lograr de otras maneras, aunque sean más caras. Cuando los juristas dicen que se pueden li-

mitar los derechos para proteger otros derechos o para impedir una catástrofe, tienen presentes casos en que es relativamente fácil distinguir la causa y el efecto, como el conocido ejemplo del hombre que da una falsa alarma de incendio en un teatro atestado de gente.

Pero el episodio de Chicago demuestra hasta qué punto pueden oscurecerse las conexiones causales. Los discursos de Hoffman o de Rubin, ¿eran condiciones necesarias del tumulto? ¿O, de todas maneras, y como también argumenta el Gobierno, esos miles de personas habían acudido a Chicago con el fin de provocar disturbios? Estas condiciones, ¿eran, en todo caso, suficientes? O bien la policía, ¿no podría haber contenido la violencia si no hubiera estado tan ocupada en contribuir a ella como lo señaló la Comisión Presidencial sobre Ja Violencia?

No son cuestiones fáciles de responder, pero si algo significan los derechos, el Gobierno no puede limitarse a dar por sentadas respuestas que justifiquen su conducta. Si un hombre tiene derecho a hablar, si las razones que fundamentan ese derecho abarcan también el discurso político provocativo, y si los efectos de tal discurso sobre la violencia no están claros, entonces el Gobierno no está autorizado para empezar el abordaje de ese problema negando ese derecho. Es posible que recordar el derecho de hablar sea el recurso menos caro, y el que menos lesione la moral policial o el más popular desde el punto de vista político. Pero éhos son argumentos utilitaristas en favor de empezar por una parte mejor que por otra, y el concepto de derechos excluye tales argumentos.

Este punto puede verse oscurecido por la creencia popular en que los activistas políticos anticipan la violencia y «buscan problemas» en todo lo que dicen. Según opinión general, mal pueden quejarse si se los toma por autores de la violencia que esperan, y de acuerdo con ello se los trata. Pero esta actitud repite la confusión que ya antes traté de explicar, entre tener derecho y hacer bien en hacer. Los motivos del orador pueden ser muy importantes para decidir si hace bien en hablar apasionadamente de problemas que pueden arrebatar o enfurecer al público. Pero si tiene derecho a hablar, y como el peligro de permitirle que lo haga es conjetal, sus motivos no pueden valer como prueba independiente en la argumentación destinada a justificar que se le impida hablar.

Pero, ¿qué hay de los derechos individuales de los que

perecerán en un tumulto, o del transeúnte muerto por el disparo de un francotirador, o del comerciante cuya tienda resulta saqueada? Plantear el problema de esta manera, como cuestión de derechos concurrentes, sugiere un principio que socavaría el efecto de la incertidumbre. ¿Hemos de decir que algunos derechos a la protección son tan importantes que se justifica que el Gobierno haga todo lo posible por mantenerlos? ¿Hemos de decir, por ende, que el Gobierno puede recortar los derechos de otros a actuar cuando sus actos podrían simplemente aumentar, por más leve o conjetal que fuera el margen, el riesgo de que resultara violado el derecho de alguna persona a la vida o a la propiedad?

En algún principio así confían quienes se oponen a las recientes decisiones liberales de la Suprema Corte sobre el procedimiento policial. Tales decisiones incrementan la probabilidad de que un culpable salga en libertad y por consiguiente, en forma marginal, aumentan el riesgo de que cualquier miembro de la comunidad sea víctima de asesinato, violación o robo. Algunos críticos creen que las decisiones de la Corte deben, por tanto, ser injustas.

Pero ninguna sociedad que profese reconocer una variedad de derechos, sobre la base de que la dignidad o la igualdad de un hombre pueden verse invadidas de diversas maneras, puede aceptar tal cosa como principio. Si obligar a un hombre a declarar contra sí mismo, o prohibirle que hable, es efectivamente causa del daño que suponen los derechos contra la autoacusación y el derecho a la libertad de expresión, entonces sería denigrante que el Estado le dijese que debe sufrir ese daño para aumentar la posibilidad de que se reduzca marginalmente el riesgo de pérdida de otros hombres. Si los derechos tienen algún sentido, entonces no pueden tener grados de importancia tan diferentes que algunos no cuenten para nada mientras que de otros se hace mención.

Naturalmente, el Gobierno puede discriminar e impedir a un hombre que ejerza su derecho a hablar cuando hay un riesgo claro y sustancial de que su discurso sea muy dañoso para la persona o la propiedad de otros, y cuando no se dispone de otro medio de impedirlo, como en el caso del hombre que da la falsa alarma de incendio en un teatro. Pero debemos rechazar el sugerido principio de que el Gobierno pueda, simplemente, ignorar el derecho de hablar cuando se encuentran en juego la vida y la propiedad. En tanto que el influjo del discurso sobre esos otros derechos no sea más

que conjetural y marginal, debe buscar en otra parte las palancas que ha de accionar.

4. ¿POR QUÉ TOMARNOS LOS DERECHOS EN SERIO?

Al comenzar este ensayo dije que quería demostrar lo que debe hacer un gobierno que haga profesión de reconocer los derechos individuales. Debe prescindir de la aseveración de que los ciudadanos jamás tienen derecho a infringir sus leyes, y no debe definir los derechos de los ciudadanos de modo tal que queden aislados por supuestas razones del bien general. Cuando un gobierno se enfrenta con aspereza a la desobediencia civil o hace campaña en contra de la protesta verbal se puede, por ende, considerar que tales actitudes desmienten su sinceridad.

Cabría, sin embargo, preguntarse si después de todo es prudente tomarse los derechos con semejante seriedad. Lo característico de nuestro país [los Estados Unidos], por lo menos según su propia leyenda, reside en no llevar a sus últimas consecuencias lógicas ninguna doctrina abstracta. Quizá sea hora de no pensar en abstracciones y concentrarnos, en cambio, en dar a la mayoría de nuestros ciudadanos un nuevo sentido de [lo que es] la preocupación del Gobierno por su bienestar, y de lo que es el derecho de ellos a gobernar.

En todo caso, eso es lo que aparentemente creía el ex vicepresidente, Spiro Agnew. En una declaración política referente al problema de los «bichos raros» y los inadaptados sociales, dijo que la preocupación de los liberales por los derechos individuales era un viento de proa que encaraba de frente a la nave del estado. La metáfora es pobre, pero el punto de vista filosófico que expresa está muy claro. Agnew reconoció, cosa que no hacen muchos liberales, que la mayoría no puede viajar con tanta rapidez como desearía, ni llegar tan lejos, si reconoce los derechos de los individuos a hacer lo que, en términos de la propia mayoría, está mal que se haga.

Spiro Agnew suponía que los derechos producen divisiones, y que si se los toma con más escepticismo es posible alcanzar la unidad nacional y un nuevo respeto por la ley. Pero se equivoca. Los Estados Unidos seguirán estando divididos por su política social y extranjera, y si la economía vuelve a debilitarse, las divisiones se enconarán más aún. Si queremos que nuestras leyes y nuestras instituciones legales

nos proporcionen las normas básicas dentro de las cuales hayan de ser cuestionados estos problemas, esas normas básicas no deben ser la ley del conquistador, que la clase dominante impone a las más débiles, tal como suponía Marx que era el derecho de una sociedad capitalista. El grueso del derecho —aquella parte que define y condiciona la ejecución de la política social, económica y extranjera— no puede ser neutral. Debe enunciar, en su mayor parte, la opinión que tiene la mayoría de lo que es el bien común. La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas. Cuanto más violentas sean las divisiones entre los grupos, más sincero debe ser ese gesto para que el derecho funcione.

La institución requiere un acto de fe de parte de las minorías, porque el alcance de los derechos de éstas ha de ser objeto de controversias toda vez que tales derechos son importantes, y porque los funcionarios de la mayoría actuarán según sus propias ideas de lo que son realmente tales derechos. Naturalmente, esos funcionarios estarán en desacuerdo con muchas de las reclamaciones que plantea una minoría; por eso es tanto más importante que tomen sus decisiones con seriedad. Deben demostrar que entienden lo que son los derechos y no deben sustraer nada de lo que la doctrina cabalmente implica. El Gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere algún derecho a ser respetado. Y no podrá conseguirlo si descuida el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho.

LA DESOBEDIENCIA CIVIL

¿Qué trato ha de dar el gobierno a quienes desobedecen las leyes de reclutamiento por motivos de conciencia? Mucha gente cree que la respuesta es obvia: el gobierno debe procesar a los objetores y, si los tribunales los condenan, debe castigarlos. Hay personas que llegan fácilmente a esta conclusión, porque sostienen la poco meditada opinión de que la desobediencia por motivos de conciencia es lo mismo que el simple desacato a la ley. Piensan que los objetores son anarquistas a quienes se debe castigar antes de que la corrupción se difunda. Sin embargo, muchos juristas e intelectuales se valen de un argumento aparentemente más complejo y refinado para llegar a la misma conclusión. Reconocen que la desobediencia al derecho puede estar *moralmente* justificada, pero insisten en que no se la puede justificar *jurídicamente*, y piensan que de este tópico se deduce que la ley se debe hacer cumplir. Erwin Griswold, que fue Procurador General de los Estados Unidos, tras haber sido decano de la Facultad de Derecho de Harvard, parece haber adoptado ese punto de vista. «[Rasgo] esencial del derecho», dijo, «es que se aplique igualmente a todos, que a todos obligue por igual, independientemente de los motivos personales. Por esta razón, quien contemple la desobediencia civil por convicciones morales no se ha de sorprender y no debe amargarse si se le somete a un juicio criminal. Y debe aceptar el hecho de que la sociedad organizada no puede mantenerse sobre ninguna otra base.»

The New York Times aplaudió esta declaración. Un millar de miembros de varias universidades habían firmado una solicitud en el *Times*, en la que se pedía al Departamento de Justicia que anulara los cargos presentados en contra del reverendo William Sloane Coffin, el doctor Benjamín Spock, Marcus Raskin, Mitchell Goodman y Michael Ferber, por conspirar contra las leyes de reclutamiento. El *Times* decía

que la solicitud de que se anularan los cargos «confundía los derechos morales con las responsabilidades jurídicas».

Pero el argumento según el cual, si el gobierno cree que un hombre ha cometido un delito, debe procesarlo, es mucho más débil de lo que parece. La sociedad «no puede mantenerse» si tolera toda desobediencia; de ello no se sigue, sin embargo, que haya de desmoronarse si tolera alguna, y tampoco hay pruebas de que así sea. En los Estados Unidos, queda librada a la discreción de los fiscales la decisión de si en determinados casos han de hacer cumplir las leyes penales. Un fiscal puede encontrar razones adecuadas para no insistir en los cargos si el infractor de la ley es joven, o inexperto, o es el único sostén de una familia, o si se arrepiente, o si acusa a sus cómplices, o si la ley es impopular o inaplicable, o si generalmente se la desobedece, o si los tribunales están recargados de casos más importantes, o por docenas de otras causas. Esta discreción no es licencia, ya que esperamos que los fiscales tengan buenas razones para ejercitarla, sino que hay, *prima facie* al menos, algunas buenas razones para no procesar a quienes desobedecen las leyes de reclutamiento por motivos de conciencia. Una es la razón, obvia, de que actúan por mejores motivos que quienes infringen la ley por codicia o por el deseo de subvertir el gobierno. Si el motivo puede contar cuando se establecen distinciones entre ladrones, ¿por qué no para establecerlas entre infractores a las leyes del reclutamiento? Otra es la razón práctica de que nuestra sociedad sufre una pérdida si castiga a un grupo que incluye —tal como de hecho sucede con el grupo de objetores— a algunos de sus ciudadanos más leales y respetuosos de la ley. Encarcelar a hombres así sirve para intensificar su alienación de la sociedad y aliena a muchos como ellos, a quienes la amenaza disuade. Si este tipo de consecuencias prácticas constituyeron argumentos para no imponer el prohibicionismo, ¿por qué no han de constituirlos para tolerar el delito por objeción de conciencia?

Quienes piensan que siempre se ha de castigar a los objetores de conciencia deben demostrar que las razones citadas no son buenas razones para el ejercicio de la discreción, o bien deben encontrar razones en contrario de mayor peso. ¿Qué argumentos podrían presentar? Hay razones prácticas para hacer cumplir las leyes de reclutamiento y más adelante me detendré en algunas. Pero Griswold y los que están de acuerdo con él se basan al parecer en un argumento moral fundamental según el cual no sólo no sería práctico, sino que

sería injusto, dejar que los objetores quedaran impunes. Pien-
san que sería injusto, según entiendo, porque la sociedad no
podría funcionar si cada uno desobedeciera las leyes que
desaprueba o que le parecen desventajosas. Si el gobierno
tolera a esos pocos que no quieren «jugar el juego», les per-
mite que se aseguren los beneficios de la deferencia de to-
dos los demás hacia el derecho, sin compartir las cargas,
tales como la carga del reclutamiento.

He aquí un argumento sólido, al que no se puede respon-
der diciendo simplemente que los objetores concederían a
todo aquel que considerase inmoral una ley el privilegio de
desobedecerla. De hecho, pocos objetores a las leyes de reclu-
tamiento aceptarían una sociedad cambiada de modo tal que
se dejara en libertad a los segregacionistas sinceros de in-
fringir las leyes de derecho civil que les desagradian. La
mayoría, en todo caso, no quiere ningún cambio así porque
piensa que, de producirse éste, la sociedad estaría peor; mien-
tras no se les demuestre que están equivocados, esperan
que los funcionarios castiguen a cualquiera que asuma un
privilegio que ellos, pensando en el beneficio general, no
asumen.

Sin embargo, el argumento tiene un fallo. El razonamiento
contiene un supuesto implícito que lo hace casi totalmente
inaplicable a los casos de reclutamiento y, más aún, a cual-
quier caso grave de desobediencia civil en los Estados Unidos.
Supone que los objetores saben que están infringiendo una
ley válida, y que el privilegio que reivindican es el de ha-
cerlo así. Por cierto que casi todos los que impugnan la
desobediencia civil reconocen que en Estados Unidos una ley
puede no ser válida porque es inconstitucional. Pero los crí-
ticos enfrentan esta complejidad basando su argumentación
en dos hipótesis: si la ley no es válida no se ha cometido
delito alguno y la sociedad no puede castigarlo. Si la ley es
válida, se ha cometido un delito y la sociedad debe castigarlo.
Tras este razonamiento se oculta un hecho decisivo: que
la validez de la ley puede ser dudosa. Es posible que los
funcionarios y jueces crean que la ley es válida, que los obje-
tores estén en desacuerdo, y que ambas partes cuenten con
argumentos plausibles para defender sus posiciones. En tal
caso, los problemas son diferentes de lo que serían si la ley
fuese claramente válida o claramente inválida, y el argumen-
to de equidad, aplicable para dichas alternativas, no es apli-
cable al caso.

Una ley dudosa no es, en modo alguno, cosa rara o espe-

cial en los casos de desobediencia civil; al contrario. En los Estados Unidos, por lo menos, casi cualquier ley que un grupo significativo de personas se siente tentada de desobe-
decer por razones morales sería también dudosa —y en oca-
siones, claramente inválida— por razones constitucionales. La constitución hace que nuestra moralidad política convencio-
nal sea pertinente para la cuestión de la validez; cualquier ley que parezca poner en peligro dicha moralidad plantea cuestiones constitucionales, y si la amenaza que significa es grave, las dudas constitucionales también lo son.

La relación entre problemas morales y jurídicos fue espe-
cialmente clara en los casos de reclutamiento de la última
década. El desacuerdo se basaba por entonces en las siguien-
tes objeciones morales: a) Los Estados Unidos están usando
armas y tácticas inmorales en Vietnam. b) La guerra nunca
ha sido respaldada por el voto deliberado, considerado y
abierto de los representantes del pueblo, c) Para los Esta-
dos Unidos no está en juego en Vietnam ningún interés ni
remotamente lo bastante fuerte como para que se justifique
obligar a un sector de sus ciudadanos a asumir allí un ries-
go de muerte. d) Si se ha de reclutar un ejército para com-
batir en esa guerra, es inmoral que se lo haga mediante un
reclutamiento que da prórroga o exime a los estudiantes uni-
versitarios, con lo que se crea una discriminación en contra
de los económicamente subprivilegiados. e) El reclutamiento
exime a quienes objetan todas las guerras por motivos reli-
giosos, pero no a quienes objetan determinadas guerras por
razones morales; entre tales posiciones no hay una diferencia
fundada, de modo que al hacer esa distinción, la ley de re-
clutamiento implica que el segundo grupo es menos digno
del respeto de la nación que el primero. f) La ley que con-
vierte en delito promover la resistencia al reclutamiento
amordaza a quienes se oponen a la guerra, porque es moral-
mente imposible sostener que la guerra es profundamente
inmoral, sin alentar y ayudar a quienes se niegan a combatir
en ella.

Los juristas reconocerán que estas posiciones morales, si
las aceptamos, sirven de base para los siguientes argumen-
tos constitucionales: a) La constitución establece que los tra-
tados son parte del derecho del país, y los Estados Unidos
han participado en convenciones y pactos internacionales que
definen como ilegales los actos de guerra que los objetores
acusán a la nación de cometer. b) La constitución estipula
que el Congreso debe declarar la guerra; el problema jurí-

dico de decidir si las acciones de los Estados Unidos en Vietnam eran una «guerra» y la resolución del golfo de Tonkín una «declaración» constituye el núcleo del problema moral de si el gobierno había tomado una decisión deliberada y abierta, c) Tanto la cláusula de *proceso debido* de las enmiendas Quinta y Decimocuarta como la cláusula de *igual protección* de la Decimocuarta enmienda condenan la imposición de cargas especiales a una clase seleccionada de ciudadanos, cuando la carga o la clasificación no sea razonable; la carga es irrazonable cuando es patente que no sirve al interés público o cuando es sumamente desproporcionada con el interés servido. Si la acción de los Estados Unidos en Vietnam era frívola o perversa, como afirmaban los objetores, entonces la carga que se impuso a los hombres en edad militar era irrazonable e inconstitucional. d) En todo caso, la discriminación en favor de los estudiantes universitarios negaba a los pobres la igualdad de protección legal que garantiza la constitución. e) Si no hay diferencia fundada entre la objeción religiosa a todas las guerras y la objeción moral a algunas guerras, la clasificación establecida por la ley de reclutamiento era arbitraria e irrazonable, y por esa razón inconstitucional. La cláusula del «establecimiento de la religión» de la Primera enmienda prohíbe la presión gubernamental en favor de la religión organizada; si la ley de reclutamiento ejercía presión sobre los hombres en ese sentido, también era inválida por esa razón. f) La Primera enmienda condena también las invasiones de la libertad de expresión. Si la prohibición de promover la resistencia al reclutamiento [expresada] en la ley inhibía efectivamente la expresión de determinadas opiniones sobre la guerra, constituía una limitación de la libertad de expresión.

El principal argumento en contra, el que sostiene el punto de vista de que los tribunales no debían haber declarado inconstitucional la ley de reclutamiento, también pone en juego problemas morales. Según la doctrina llamada de la «cuestión política», los tribunales niegan su propia jurisdicción para decidir sobre asuntos —tales como la política extranjera o militar— cuya resolución es competencia de otras ramas del gobierno. El tribunal de Boston que estuvo a cargo del proceso Coffin-Spock declaró, sobre la base de esta doctrina, que no aceptaría discusiones sobre la legalidad de la guerra. Pero la Corte Suprema (en los casos de redistribución [*reapportionment*], por ejemplo) se ha mostrado contraria a rehusar la jurisdicción cuando creía que estaban en

juego problemas gravísimos de moralidad política a los que no se podía hallar remedio por la vía del proceso político. Si los objetores tuvieran razón, y la guerra y el reclutamiento fuesen delitos estatales profundamente injustos para con un grupo de ciudadanos, entonces el argumento de que los tribunales deberían haber rehusado la jurisdicción se ve considerablemente debilitado.

A partir de estos argumentos no podemos llegar a la conclusión de que la ley de reclutamiento (ni ninguna parte de ella) fuese inconstitucional. Cuando se recurrió a la Suprema Corte para que fallara sobre la cuestión, rechazó algunos de ellos y se negó a considerar los otros porque eran políticos. La mayoría de los juristas estuvieron de acuerdo con el resultado. Pero los argumentos de inconstitucionalidad eran, por lo menos, plausibles, y un abogado razonable y competente bien podría pensar que, en definitiva, constituyen un caso más defendible que los argumentos en contra. Y si lo piensa, considerará que [la ley de] reclutamiento no era constitucional, y no habrá manera de demostrar que se equivoca.

Por consiguiente, al juzgar lo que se debería haber hecho con los objetores, no se puede dar por sentado que estaban reivindicando un privilegio de desobediencia de leyes válidas. No podemos decidir que la equidad exigía que fuesen castigados sin intentar dar respuesta a nuevas cuestiones: ¿Qué debe hacer un ciudadano cuando la ley no es clara y él piensa que permite algo que, en opinión de otros, no está permitido? Por cierto, no es mi intención preguntar qué es *jurídicamente* adecuado que haga, o cuáles son sus derechos jurídicos, lo cual sería incurrir en petición de principio, porque depende de si quien tiene razón es él o son ellos. Lo que quiero preguntar es cuál es su actitud adecuada en cuanto ciudadano; en otras palabras, cuándo diríamos que «respeta las reglas del juego». La cuestión es decisiva, porque puede ser injusto castigarlo si está actuando como, dadas sus opiniones, creemos que debe actuar.¹

No hay una respuesta obvia con la cual coincida la mayoría de los ciudadanos, y el hecho en sí es significativo. Si examinamos nuestras instituciones y prácticas jurídicas, sin embargo, descubriremos algunos principios y directrices importantes que se encuentran en su base. Presentaré tres respuestas posibles a la cuestión y luego intentaré demostrar cuál de ellas se adecúa mejor a nuestras prácticas y expecta-

tivas. Las tres posibilidades que me propongo considerar son:

1) Si la ley es dudosa, y por consiguiente no está claro si permite que alguien haga lo que quiera, él debe suponer lo peor y actuar sobre la base de que no se lo permite. Debe obedecer a las autoridades ejecutivas en lo que éstas manden, aun cuando piense que se equivocan, en tanto que, si puede, se vale del proceso político para cambiar la ley.

2) Si la ley es dudosa, el ciudadano puede seguir su propio juicio, es decir, puede hacer lo que quiera si cree que es más defendible la afirmación de que la ley se lo permite que la afirmación de que se lo prohíbe. Pero únicamente puede seguir su propio juicio hasta que una institución autorizada, como un tribunal, decida lo contrario en un caso que lo afecte a él o a alguien más. Una vez que se ha llegado a una decisión institucional, el ciudadano debe atenerse a tal decisión, aun cuando la considere equivocada. (Hay, en teoría, muchas subdivisiones de esta segunda posibilidad. Podemos decir que la elección del individuo está excluida por la decisión en contrario de cualquier tribunal, incluyendo la instancia inferior del sistema, si no se apela el caso. O podemos exigir una decisión de una corte u otra institución determinada. Analizaré esta segunda posibilidad en su forma más liberal, a saber, que el individuo puede seguir su propio juicio hasta que haya una decisión en contrario de la instancia suprema que tenga competencia para fallar el caso, instancia que, en el caso de la ley de reclutamiento, era la Suprema Corte de los Estados Unidos.)

3) Si la ley es dudosa, el ciudadano puede seguir su propio juicio incluso después de una decisión en contrario de la suprema instancia competente. Por cierto que para formular su juicio sobre lo que requiere la ley debe tener en cuenta las decisiones en contrario de cualquier tribunal. De otra manera, el juicio no sería sincero ni razonable, porque la doctrina del precedente, que es parte establecida de nuestro sistema jurídico, tiene el efecto de permitir que la decisión de los tribunales *cambie* la ley. Supongamos, por ejemplo, que un contribuyente crea que no se le exige que pague impuestos sobre ciertas formas de ingreso. Si la Suprema Corte decide lo contrario, él —teniendo en cuenta la práctica de asignar gran peso a las decisiones de la Corte en materia impositiva— debe decidir que la decisión misma de la Corte ha modificado la posición de la balanza y que en lo sucesivo la ley le exige que pague el impuesto.

Alguien podría pensar que esta precisión borra la diferencia entre el segundo modelo y el tercero, pero no es así. La doctrina del precedente asigna pesos diferentes a las decisiones de diferentes tribunales, y el mayor peso a las de la Suprema Corte, pero no hace concluyentes las decisiones de tribunal alguno. En ocasiones, incluso después de una decisión en contrario de la Suprema Corte, un individuo puede seguir creyendo razonablemente que el derecho está de su parte; tales casos son raros, pero es muy probable que ocurran en los debates sobre derecho constitucional cuando se halla en juego la desobediencia civil. La Corte se ha mostrado dispuesta a desestimar sus decisiones pasadas si éstas han recortado importantes derechos personales o políticos, y son precisamente decisiones así las que quizás quiera cuestionar el objetor.

Dicho de otra manera, no podemos suponer que la Constitución sea siempre lo que la Suprema Corte dice que es. Oliver Wendell Holmes, por ejemplo, no siguió esa regla en su famosa disidencia en el caso *Gitlow*. Pocos años antes, en el caso *Abrams*, Holmes no había podido persuadir al tribunal de que la Primera enmienda protegía a un anarquista que había estado propugnando huelgas generales en contra del gobierno. Un problema similar se presentó en el caso *Gitlow*, y Holmes volvió a disentir. «Es verdad», dijo, «que en mi opinión [la Corte] se apartó de este criterio [en el caso *Abrams*], pero las convicciones que expresé en aquel caso son demasiado profundas para que me sea posible creer que... sentí jurisprudencia». Holmes votó para que se absolviera a *Gitlow*, sosteniendo que lo que éste había hecho no era delito, aunque la Suprema Corte hubiera mantenido recientemente que sí lo era.

Tenemos así, pues, tres modelos posibles aplicables al comportamiento de quienes disienten con las autoridades ejecutivas cuando la ley es dudosa. ¿Cuál de estos tres modelos se adapta mejor a nuestras prácticas sociales y jurídicas?

Me parece obvio que no sigamos el primero de estos modelos, esto es, que no esperemos que los ciudadanos supongan lo peor. Si ningún tribunal se ha pronunciado sobre el problema y, habida cuenta de todos los factores, un hombre piensa que la ley está de su parte, la mayoría de nuestros juristas y críticos consideran que es perfectamente correcto que siga su propio juicio. Aun cuando muchos desaprueben lo que él hace —por ejemplo, vender pornografía—, no con-

sideran que deba desistir por el solo hecho de que la legalidad de su conducta sea dudosa.

Vale la pena detenerse un momento a considerar qué perdería la sociedad si siguiera el primer modelo, o —dicho con otras palabras— qué gana la sociedad cuando, en casos como éste, la gente sigue su propio juicio. Cuando la ley es incierta, en el sentido de que los juristas pueden discrepar razonablemente respecto de lo que debe decidir un tribunal, la razón reside generalmente en que hay una colisión entre diferentes directrices políticas y principios jurídicos y no está clara la mejor forma de resolver el conflicto entre ellos.

Nuestra práctica, según la cual se estimula a las diferentes partes a que sigan su propio juicio, sirve como piedra de toque de la pertinencia de ciertas hipótesis. Si la cuestión es, por ejemplo, si una determinada regla tendría ciertas consecuencias indeseables, o si tales consecuencias tendrían ramificaciones amplias o limitadas, es útil, antes de decidir al respecto, saber qué sucede efectivamente cuando algunas personas proceden según esa regla. (Gran parte de la legislación anti-trust y regulativa del comercio se ha ido estableciendo mediante ese tipo de pruebas.) Si lo que se cuestiona es si —y en qué medida— una solución determinada violaría principios de justicia o de juego limpio sumamente respetados por la comunidad. Por ejemplo, jamás se habría establecido el grado de indiferencia de la comunidad [en los Estados Unidos] hacia las leyes contrarias a la anticoncepción si algunas organizaciones no las hubieran ignorado deliberadamente.

Si se siguiera el primer modelo, perderíamos la ventajas de estas pruebas. El derecho se resentiría especialmente si se aplicara este modelo a los problemas constitucionales. Cuando se duda de la validez de una ley penal, casi siempre ésta impresionará a algunas personas como injusta o no equitativa, porque infringirá algún principio de libertad o justicia o equidad que, en opinión de ellas, es intrínseco a la Constitución. Si nuestra práctica estableciera que toda vez que una ley es dudosa por estas razones, uno debe actuar como si fuera válida, se perdería el principal vehículo de que disponemos para cuestionar la ley por motivos morales, y con el tiempo nos veríamos regidos por un derecho cada vez menos equitativo y justo, y la libertad de nuestros ciudadanos quedaría ciertamente disminuida.

Casi lo mismo perderíamos si usáramos una variante del primer modelo: que un ciudadano debe suponer lo peor a

menos que pueda anticipar que los tribunales estarán de acuerdo con la visión que él tiene del derecho. Si todo el mundo se guiara por su apreciación de lo que harían los tribunales, la sociedad y su estructura jurídica se empobrecerían. Nuestro supuesto, al rechazar el primer modelo, fue que el camino que recorre un ciudadano al seguir su propio juicio, lo mismo que los argumentos que formula para fundamentarlo cuando tiene la oportunidad, contribuyen a crear la mejor decisión judicial posible. Esto sigue siendo válido aun cuando, en el momento en que el ciudadano actúa, lo más probable sea que no consiga el respaldo de los tribunales. Debemos recordar también que el valor del ejemplo del ciudadano no se agota una vez tomada la decisión. Nuestras prácticas exigen que la decisión sea criticada por los miembros de la profesión jurídica y las facultades de derecho, y aquí los antecedentes de disensión pueden ser sumamente valiosos.

Por supuesto, cuando decide si sería *prudente* seguir su propio juicio, un hombre debe considerar qué harán los tribunales, ya que es posible que por hacerlo pueda sufrir la cárcel, la bancarrota o el oprobio. Pero es esencial que distinguimos el cálculo de prudencia de la cuestión de qué es lo que, en cuanto buen ciudadano, es correcto que haga. Estamos investigando de qué manera debe tratarlo la sociedad cuando sus tribunales consideran que el ciudadano se equivocó en su juicio; por ende, debemos preguntarnos qué es lo que se justifica que él haga cuando su juicio difiere del de los demás. Caemos en una petición de principio si suponemos que lo que correctamente puede hacer depende de lo que crea que hará con él la sociedad.

También debemos rechazar el segundo modelo, para el cual si la ley no está clara, el ciudadano puede seguir su propio juicio mientras el tribunal supremo no haya fallado que se equivoca. Este modelo no llega a tener en cuenta el hecho de que cualquier tribunal, incluso la Suprema Corte, puede desestimar sus propias decisiones. En 1940, la Corte decidió que una ley del estado de West Virginia, que exigía que los estudiantes hicieran la venia a la bandera, era constitucional. En 1943 rectificó y decidió que después de todo, una ley así era inconstitucional. ¿Cuál era el deber de ciudadanos de aquéllos que durante los años 1941 y 1942 se negaron a hacer la venia a la bandera por razones de conciencia y pensaban que la decisión tomada por la Corte en 1940 era injusta? Difícilmente podemos decir que su deber fuese

seguir la primera resolución. Los acusados creían que saludar de ese modo a la bandera era desmesurado y creían, razonablemente, que ninguna ley válida les exigía que lo hicieran. Posteriormente, la Suprema Corte decidió que en eso tenían razón. La Corte no estableció simplemente que después de la segunda decisión no constituiría delito el no hacer la venia a la bandera, sino que (tal como lo haría casi siempre en un caso como éste) tampoco era delito después de la primera decisión.

Habrá quienes digan que los que objetaban la venia a la bandera deberían haber obedecido la primera decisión de la Corte, al tiempo que actuaban sobre las legislaturas para hacer que fuera derogada la ley e intentaban hallar en los tribunales alguna manera de cuestionarla, sin llegar a violarla. Ésta sería tal vez una recomendación plausible si no estuviera en juego la conciencia, porque entonces sería discutible que lo ganado en orden procesal mereciera realmente el sacrificio personal de paciencia. Pero la conciencia estaba en juego, y si los objetores hubieran obedecido la ley mientras esperaban el momento propicio, habrían sufrido el agravio irreparable de hacer lo que su conciencia les prohibía que hiciesen. Una cosa es decir que en ocasiones un individuo debe someter su conciencia cuando sabe que la ley le ordena que lo haga, y otra muy diferente decir que debe someterla incluso cuando él cree razonablemente que la ley no se lo exige, porque para sus conciudadanos sería incómodo que tomase el camino más directo (y quizás el único) para demostrar que él tiene razón y que ellos se equivocan.

Como un tribunal puede desdecirse, las mismas razones que enumeramos para rechazar el primer modelo son aplicables también para el segundo. Si no estuviéramos presionados por la disensión, no veríamos con tan espectacular claridad hasta qué punto se siente como injusta una decisión del tribunal en contra del objector; una demostración que sin duda viene al caso cuando lo que se cuestiona es si era justa. Así aumentaríamos las probabilidades de vernos gobernados por reglas que vulneran los principios que pretendemos servir.

Creo que estas consideraciones nos obligan a abandonar el segundo modelo, pero algunos querrán sugerir una variación de éste, sosteniendo que, una vez que la Suprema Corte ha decidido que una ley penal es válida, los ciudadanos tienen el deber de atenerse a esa decisión mientras no puedan creer razonablemente, no sólo que la decisión es incorrecta en

cuanto ley, sino que hay probabilidades de que la Suprema Corte la derogue. Según este punto de vista, los objetores de West Virginia que en 1942 se negaron a hacer la venia a la bandera actuaron en forma adecuada porque podrían haber anticipado razonablemente que la Corte modificaría su dictamen. Pero una vez que la Corte declaró constitucionales leyes como las de reclutamiento, no sería correcto seguir cuestionándolas porque no habría grandes probabilidades de que la Corte cambiase pronto de opinión. Sin embargo, debemos rechazar también esta sugerencia. Porque una vez que decimos que un ciudadano puede actuar según su propio juicio de la ley, pese a que juzgue que probablemente los tribunales se pondrán en contra de él, no hay razón plausible para que deba actuar de otra manera porque una decisión en contrario conste ya en las actas.

Entonces, parece que el tercer modelo o alguno que se le asemeje mucho constituye la enumeración más equitativa de cuál es el deber social de un hombre en nuestra comunidad. Un ciudadano debe lealtad al derecho, no a la opinión que cualquier particular tenga de lo que es el derecho, y su comportamiento no será injusto mientras se guíe por su propia opinión, considerada y razonable, de lo que exige la ley. Quisiera volver a insistir (porque es decisivo) en que esto no es lo mismo que decir que un individuo puede desatender lo que hayan dicho los tribunales. La doctrina del precedente está próxima al núcleo de nuestro sistema jurídico, y nadie puede hacer un esfuerzo razonable por ajustarse al derecho a menos que conceda a los tribunales el poder general de alterarlo mediante sus decisiones. Pero si el problema es tal que afecta derechos políticos o personales fundamentales, y se puede sostener que la Suprema Corte ha cometido un error, un hombre no excede sus derechos sociales si se niega a aceptar como definitiva esa decisión.

Queda por responder una cuestión importante antes de que podamos aplicar estas observaciones a los problemas de la resistencia a [las leyes de] reclutamiento. He hablado antes del caso de un hombre que cree que el derecho no es lo que piensan otras personas o lo que han establecido los tribunales. Quizás esta descripción se adecue a algunos de los que desobedecen las leyes de reclutamiento por motivos de conciencia, pero no a la mayor parte de ellos. La mayoría de los objetores no son juristas ni estudiosos de la filosofía política; creen que las leyes promulgadas son inmorales e incongruentes con los ideales jurídicos de su patria, pero no

se han planteado la cuestión de que, además, es posible que no sean válidas. ¿Qué importancia tiene, pues, respecto de su situación la proposición de que puede estar bien que uno siga su propia manera de ver en cuestiones de derecho?

Para responder a esto tendré que volver sobre un punto que señalé antes. Mediante la cláusula del *proceso debido*, la de *igual protección*, la Primera enmienda y las otras disposiciones que mencioné, la Constitución introduce gran cantidad de elementos de nuestra moralidad política en el problema de la validez o invalidez de una ley. Por consiguiente, es preciso matizar la afirmación de que la mayor parte de los objetores a las leyes de reclutamiento no tienen conciencia de que la ley no es válida. Los objetores tienen creencias que, si son verdaderas, dan firme apoyo a la opinión de que el derecho está de parte de ellos; el hecho de que no hayan llegado a la conclusión ulterior puede atribuirse, por lo menos en la mayoría de los casos, a falta de conocimientos jurídicos. Si creemos que cuando la ley es dudosa, es posible que la gente que sigue su propio juicio esté actuando correctamente, parecería injusto no incluir en ese punto de vista a aquellos objetores cuyos inicios se reducen a la misma cosa. En la defensa que hice del tercer modelo no hay nada que nos autorice para distinguirlos de sus colegas más informados.

De lo que hasta el momento llevamos dicho se pueden sacar varias conclusiones: cuando la ley es incierta, en el sentido de que se puede dar una defensa plausible de ambas posiciones, un ciudadano que siga su propio juicio no está incurriendo en un comportamiento injusto. En casos así, nuestras prácticas le permiten seguir su propio juicio y lo estimulan a que lo haga. Por esa razón, nuestro gobierno tiene la especial responsabilidad de tratar de protegerlo y de aliviar su situación, siempre que pueda hacerlo sin causar grave daño a otros compromisos. De ello no se sigue que el gobierno pueda garantizarle la inmunidad, ya que no puede adoptar como norma la de no enjuiciar a nadie que actúe por motivos de conciencia, ni condenar a nadie que discrepe razonablemente del juicio de los tribunales. Tal actitud paralizaría la capacidad del gobierno para llevar a la práctica sus programas, y desperdiciaría además el importantísimo beneficio de seguir el tercer modelo. Si el estado no procesara jamás, los tribunales no podrían basar su acción en la experiencia y en los argumentos generados por la disensión. La consecuencia que sí cabe sacar es que cuando las razones

prácticas para enjuiciar son relativamente débiles en un caso determinado, o se las puede cumplir de otras maneras, la senda de la equidad pasa por la tolerancia. La opinión popular de que «la ley es la ley» y siempre se ha de imponer su obediencia se niega a distinguir entre el hombre que actúa según su propio juicio de una ley dudosa, con lo cual se conduce como lo estipulan nuestras prácticas, y el delincuente común. A no ser por causa de ceguera moral, no sé de otras razones para no establecer entre los dos casos una distinción de principio.

Preveo ya que a estas conclusiones se opondrá una objeción filosófica: que estoy tratando al derecho como una «cavilosa omnipresencia celeste». He hablado de personas que juzgan qué es lo que exige el derecho, incluso en casos en que la ley no es clara ni demostrable. He hablado de casos en que un hombre podría pensar que el derecho exige una cosa, aun cuando la Suprema Corte haya dicho que exige otra, e incluso cuando no era probable que la Suprema Corte cambiase de opinión en breve plazo. Me acusarán, por consiguiente, de sostener la opinión de que siempre hay una «respuesta correcta» a un problema jurídico, y que ésta se encontrará en el derecho natural o puesta a buen recaudo en alguna caja de caudales trascendental.

Naturalmente, la teoría del derecho como caja de caudales no tiene pies ni cabeza. Al decir que la gente tiene opiniones sobre el derecho cuando la ley es dudosa, y que tales opiniones no son meras predicciones de lo que dictaminarán los tribunales, no tengo ninguna intención metafísica. Lo único que quiero es resumir con toda la precisión posible muchas de las prácticas que son parte de nuestro proceso jurídico.

Juristas y jueces formulan enunciados referentes al derecho y al deber jurídicos, aun cuando saben que no son demostrables, y los defienden con argumentos, por más que sepan que tales argumentos no convencerán a todos. Se formulan unos a otros esos argumentos, en las publicaciones profesionales, en las aulas y en los tribunales. Cuando otros los usan, responden a esos argumentos considerándolos buenos, malos o mediocres. Al hacerlo, dan por sentado que, dada una posición dudosa, algunos argumentos son mejores que otros para defenderla. También dan por sentado que la defensa de una alternativa de una proposición dudosa puede ser más fuerte que la defensa de la otra, que es el significado que yo asigno a una pretensión de derecho en un caso

dudosos. Y distinguen, sin demasiada dificultad, estos argumentos de las predicciones sobre lo que han de decidir los tribunales.

Estas prácticas están muy mal representadas por la teoría de que los juicios de derecho, en los problemas difíciles, no tienen sentido o son meras predicciones de lo que harán los tribunales. Quienes sostienen tales teorías no pueden negar el hecho de las prácticas; quizás esos teóricos quieran decir que las prácticas no son sensatas, porque se basan en suposiciones insostenibles, o por alguna otra razón. Pero esto da un matiz misterioso a su objeción, porque jamás especifican qué es lo que suponen como propósitos subyacentes en estas prácticas y, a menos que tales objetivos se especifiquen, no se puede decidir si las prácticas son sensatas. Entiendo que esos propósitos subyacentes son los que antes describí: el proceso de evolución y puesta a prueba del derecho, mediante la experimentación [llevada a cabo] por los ciudadanos y mediante el proceso contradictorio.

Nuestro sistema jurídico persigue estos objetivos invitando a que los ciudadanos decidan por sí mismos, o por mediación de sus propios asesores, dónde están la fuerza y la debilidad de los argumentos jurídicos, y a que actúen en función de esos juicios, aunque la autorización quede restringida por la limitada amenaza de que pueden sufrir si los tribunales no están de acuerdo. El éxito de esta estrategia depende de que en la comunidad haya el acuerdo suficiente respecto de lo que se considera un buen o un mal argumento, de modo que aun cuando diferentes personas llegaran a juicios diferentes, las diferencias no serán tan profundas ni tan frecuentes como para que el sistema se vuelva inoperante, o peligroso para quienes actúen siguiendo sus propias luces. Creo que hay suficiente acuerdo sobre los criterios de la argumentación como para evitar esas trampas, aunque una de las principales tareas de la filosofía jurídica es exhibir y clarificar tales criterios. En todo caso, todavía no está probado que las prácticas que acabo de describir sean erróneas; por consiguiente, deben contar en la determinación de si es equitativo y justo mostrarse clemente con quienes infringen lo que otros consideran que es la ley.

He dicho que el gobierno tiene especial responsabilidad hacia quienes actúan basándose en un juicio razonable de que una ley es inválida. Debe prever, en la medida de lo posible, un margen para ellos, cuando hacerlo sea congruente con otros compromisos. Tal vez sea difícil decidir qué

debe hacer el gobierno, en nombre de esa responsabilidad, en los casos particulares. La decisión será cuestión de equilibrio, y las reglas inflexibles no servirán, pero aun así, se pueden establecer algunos principios.

Comenzaré por la decisión del fiscal respecto de si ha de presentar cargos. Debe equilibrar a la vez su responsabilidad de mostrarse clemente y el riesgo de que las condenas afecten a la sociedad, con el daño que puede sufrir la seguridad si deja en paz a los disidentes. Al hacer este cálculo, no sólo debe considerar en qué medida se causará daño a otros, sino también cómo evalúa el derecho ese daño y, por ende, debe establecer la siguiente distinción. Toda norma jurídica se apoya, y presumiblemente se justifica, en virtud de un conjunto de directrices políticas que supuestamente favorece y de principios que supuestamente respeta. Algunas normas (por ejemplo, las leyes que prohíben el asesinato y el robo) se apoyan en la proposición según la cual los individuos protegidos tienen derecho moral a verse libres del daño proscrito. Otras normas (por ejemplo, las disposiciones más técnicas contra los monopolios) no se basan en suposición alguna de un derecho subyacente; el apoyo les viene principalmente de la supuesta utilidad de las directrices económicas y sociales que promueven, y que pueden estar suplementadas por principios morales (como la opinión de que es una práctica comercial desleal rebajar los precios para perjudicar a un competidor más débil) que sin embargo no consiguen el reconocimiento de un derecho moral contra el daño en cuestión.

El sentido de la distinción es éste: si un determinado principio de derecho representa una decisión oficial [en el sentido] de que los individuos tienen derecho moral a verse libres de cierto daño, ése es un poderoso argumento para que no se toleren violaciones [susceptibles de] infligir esos agravios. Por ejemplo, las leyes que protegen a la gente de daños personales o de la destrucción de su propiedad representan de hecho ese tipo de decisión, y éste es un argumento muy fuerte para no tolerar [formas de] desobediencia civil que impliquen violencia.

Por cierto que puede estar sujeto a controversia si una ley se basa efectivamente en el supuesto de un derecho moral. La cuestión es si es razonable suponer, teniendo en cuenta los antecedentes de la ley y el modo como se la administra, que sus autores reconocieron un derecho tal. Además de las normas en contra de la violencia, hay casos en que es obvio

que así fue; ejemplos de ello son las leyes de derechos civiles. Muchos segregacionistas sinceros y ardientes creen que las leyes y decisiones de derechos civiles son inconstitucionales, porque ponen en peligro los principios de gobierno local y de libertad de asociación. Es un punto de vista discutible, aunque no convincente. Pero esas leyes y decisiones incorporan evidentemente el punto de vista de que los negros, en cuanto individuos, tienen derecho a no ser segregados. No se apoyan simplemente en el juicio de que se sirve mejor a otras prácticas nacionales si se impide la segregación racial. Si no procesamos al hombre que bloquea la puerta del edificio escolar, estamos violando los derechos, reconocidos por la ley, de la niña a quien él le impide la entrada. La responsabilidad de la indulgencia no puede llegar hasta ese punto.

La situación de la niña difiere, sin embargo, de la del recluta a quien pueden llamar antes a las filas o destinar a un puesto más peligroso si no se castiga a los infractores a la ley de reclutamiento. No se puede decir que estas leyes, tomadas en conjunto y con miras a la forma en que se las administra, reflejen el juicio de que un hombre tenga derecho moral a ser llamado a filas sólo después de que hayan sido llamados otros hombres o grupos. Las clasificaciones [establecidas por las leyes] de reclutamiento, y el orden de llamada dentro de las clasificaciones, son cosas establecidas en función de la conveniencia social y administrativa. Reflejan también consideraciones de equidad, tales como la proposición de que a una madre que ha perdido en la guerra a uno de sus dos hijos no se la deba hacer correr el riesgo de que pierda el otro. Pero no presuponen derechos fijos. A las juntas de reclutamiento se les concede considerable discreción en el proceso de clasificación, y el ejército, por supuesto, goza de casi total discreción cuando se trata de asignar puestos peligrosos. Si el fiscal es tolerante con los infractores a la ley de reclutamiento, introduce pequeños cambios en los cálculos de equidad y de utilidad de la ley. Estos cambios pueden causar desventajas a otros miembros del conjunto de reclutas, pero esto es una cosa diferente de contradecir sus derechos morales.

Esta diferencia entre la segregación y el reclutamiento no es un accidente [derivado] de la forma en que casualmente se redactaron las leyes. Iría en contra de un siglo de práctica suponer que los ciudadanos tienen derechos morales respecto del orden en que son llamados al servicio militar; el sis-

tema de selección por lotería, por ejemplo, sería detestable bajo ese supuesto. Si nuestra historia hubiera sido diferente, y si la comunidad hubiera reconocido tal derecho moral, parece justo suponer que por lo menos algunos de los objetores habrían modificado sus actos en un intento de respetar tales derechos. Así pues, es erróneo analizar los casos de reclutamiento de la misma manera que los de violencia o que los casos de derechos civiles, como lo hacen muchos críticos cuando consideran si se justifica la tolerancia. No quiero decir que la equidad hacia otros no tenga relevancia alguna en los casos de reclutamiento; es algo que se ha de tener en cuenta, contraponiéndola a la equidad hacia los objetores y al beneficio social a largo plazo. Pero no desempeña aquí el papel dominante que le cabe cuando están en juego los derechos.

¿Dónde reside, pues, el equilibrio entre equidad y utilidad en el caso de aquellos que auspiciaron la resistencia al reclutamiento? Si tales hombres hubieran propiciado la violencia o infringido de alguna otra manera derechos de otros, se habría justificado el enjuiciamiento. Pero en ausencia de tales acciones, me parece que el equilibrio de equidad y utilidad se da en el otro sentido, y pienso, por consiguiente, que la decisión de enjuiciar a Coffin, Spock, Raskin, Goodman y Ferber fue injusta. Se podría haber argumentado que si quienes auspician la resistencia al reclutamiento quedan libres de proceso, el número de los que se resisten a incorporarse al ejército irá en aumento; pero no mucho más allá, creo, que el número de los que de todas maneras se resistirían.

Si el razonamiento es erróneo y la resistencia es mucho mayor, hay entonces un sentimiento de descontento residual que quienes establecen estas directrices deben tener en cuenta y que no se debería haber ocultado tras una prohibición del discurso. Aquí están en juego profundos motivos de conciencia, y es difícil creer que muchos de los que auspiciaron la resistencia lo hayan hecho por otras razones. Hay firmes fundamentos para sostener la inconstitucionalidad de las leyes que establecen que aquí hay un delito, e incluso quienes no consideran convincente el caso admitirán que sus argumentos tienen solidez. El daño a los reclutas potenciales, tanto a los que se hayan dejado atraer a la resistencia como a los que puedan haber sido llamados antes porque otros se dejaron persuadir, era remoto y conjetal.

Los casos de los hombres que se negaron a incorporarse al

ejército cuando fueron llamados son más complicados. La cuestión decisiva es si el hecho de no procesarlos motivará negativas en masa a hacer el servicio militar. Es posible que no; había presiones sociales, entre ellas la amenaza de desventajas en su carrera, que habrían obligado a muchos jóvenes norteamericanos a incorporarse si los reclutaban, aunque supieran que no irían a la cárcel si se negaban. Si el número no hubiera aumentado mucho, el Estado debería haber dejado en paz a los objetores, y no veo gran riesgo en demorar cualquier enjuiciamiento mientras no estén más claros los efectos de esa política. Si el número de los que se niegan a incorporarse resulta grande, sería un argumento en favor del enjuiciamiento. Pero también haría que el problema quedase en una cuestión académica, porque si hubiera habido un número de objetores suficiente para llevarnos a esa situación, habría sido sumamente difícil llevar a cabo, de todas maneras, una guerra, a no ser bajo un régimen poco menos que totalitario.

Parece que en estas conclusiones hay una paradoja. Antes sostuve que cuando la ley no está clara, los ciudadanos tienen derecho a seguir su propio juicio, en parte sobre la base de que esta práctica contribuye a preparar las condiciones para la solución judicial; lo que ahora propongo elimina la sentencia o la posterga. Pero la contradicción no es más que aparente. Del hecho de que nuestra práctica facilite la decisión judicial y le dé mayor utilidad en la configuración del derecho no se sigue que haya que recurrir a un proceso cada vez que los ciudadanos actúen guiados por sus propias luces. En cada caso se plantea la cuestión de si los puntos debatidos están maduros para la sentencia, y de si ésta resolvería dichos puntos de manera tal que disminuyera la posibilidad de nuevas disensiones o hiciera desaparecer sus motivos.

En los casos de reclutamiento, la respuesta a estos dos interrogantes era negativa: había mucha ambivalencia respecto de la guerra, y eran grandes la incertidumbre y la ignorancia sobre el alcance de los problemas morales que ponía en juego el reclutamiento. No era, ni con mucho, el mejor momento para que un tribunal diera su fallo sobre estas cuestiones, y tolerar las disensiones durante un tiempo fue una manera de permitir que el debate continuara hasta aclarar un tanto las cosas. Además, era obvio que con adjudicar los problemas constitucionales no se sienta el derecho. Los que dudaban de que el reclutamiento fuese constitucio-

nal siguieron teniendo las mismas dudas incluso después de que la Suprema Corte declaró su constitucionalidad. Éste es uno de los casos, que afectan a los derechos fundamentales, en que nuestras prácticas de precedente estimulan ese tipo de dudas.

Aun cuando el fiscal no actúe, sin embargo, el problema subyacente no hallará más que un alivio temporario. En tanto que el derecho siga dando la impresión de que los actos de disensión son delictivos, un hombre de conciencia estará en peligro. ¿Qué puede hacer el Congreso, que comparte la responsabilidad de la indulgencia, para aminorar ese peligro?

El Congreso puede volver a estudiar las leyes en cuestión para verificar qué margen de elasticidad se puede conceder a los que disienten. Todo programa adoptado por una legislatura es una combinación de directrices políticas y principios restrictivos. Aceptamos la pérdida de eficiencia en el castigo de crímenes y en la renovación urbana, por ejemplo, para poder respetar los derechos de los delincuentes acusados y compensar a los propietarios por los daños sufridos. Es correcto que el Congreso cumpla con su responsabilidad hacia los objetores adaptando o atenuando otras directrices. Los interrogantes que vienen al caso son: ¿Qué medio se puede hallar que permite la mayor tolerancia posible de la objeción de conciencia, al tiempo que reduce al mínimo su influencia política? ¿Qué grado de responsabilidad por la indulgencia cabe al gobierno en este caso, hasta qué punto interviene en él la conciencia y hasta dónde se puede sostener que, finalmente, la ley no es válida? ¿Qué importancia tiene la directriz cuestionada? Actuar contra esa directriz, ¿es pagar un precio demasiado alto? Es indudable que estas cuestiones son demasiado simples, pero señalan cuál es el núcleo de las opciones que se han de asumir.

Por las mismas razones que no se debería haber procesado a quienes auspiciaron la resistencia, creo que se debería derrogar la ley que la convierte en delito. Es fácilmente defensible que esta ley recorta la libertad de expresión. Fuerza sin duda alguna la conciencia y es probable que no sirva a ningún fin respectable. Si quienes auspician la resistencia sólo consiguieran persuadir a unos pocos que de otra manera no se habrían resistido, el valor de la restricción es pequeño; si consiguieran persuadir a muchos, esto constituye un hecho político importante que no debe ser ignorado.

Otra vez, los problemas son más complejos en el caso de la resistencia al reclutamiento. Los que creían que la guerra

de Vietnam era una torpeza grotesca habría estado en favor de cualquier cambio en la ley, con tal de que hiciera más probable la paz. Pero, si tomamos la posición de quienes piensan que la guerra era necesaria, debemos admitir que una directriz que mantuviera el reclutamiento, pero eximiera sin reservas a los objetores, habría sido imprudente. Sin embargo, se debería haber considerado otras dos alternativas, menos drásticas: un ejército de voluntarios, y una ampliación de la categoría de objetores de conciencia, que incluyese a quienes consideraban inmoral la guerra. Hay mucho que decir en contra de ambas propuestas, pero una vez que se reconoce la exigencia de respeto por quienes disienten, es posible hacer oscilar en favor de ellos la balanza del principio.

De modo que había razones jurídicas sobradas para no enjuiciar a los objetores de las leyes de reclutamiento y para modificar las leyes en favor de ellos. Sin embargo, dadas las presiones políticas que se oponían a ella, habría sido poco realista esperar que esta directriz prevaleciera.

Debemos considerar, por ende, que es lo que podían y debían haber hecho los tribunales. Por cierto que un tribunal podría haber esgrimido los argumentos de que las leyes de reclutamiento eran en algún sentido inconstitucionales, en general o aplicadas al caso concreto de los acusados. O podía haber absuelto a los acusados por falta de pruebas para condenarlos. No discutiré los problemas constitucionales ni los hechos en función de ningún caso en particular. En cambio, me interesa señalar que un tribunal no debe condenar, por lo menos en algunas circunstancias, aun cuando respalde las leyes [existentes] y encuentre que los hechos son los que se denuncian. La Suprema Corte no había fallado de acuerdo con los principales argumentos de que el reclutamiento era inconstitucional, ni había señalado que tales argumentos planteaban cuestiones políticas ajena a su jurisdicción, cuando se plantearon algunos de los casos de reclutamiento. Hay razones muy validas por las que un tribunal debe absolver en estas circunstancias, aun cuando respalte el reclutamiento. Debe absolver en tazón de que antes de su decisión, la validez del reclutamiento era dudosa, y es injusto castigar a un hombre por desobedecer una ley dudosa.

Habrá precedentes para una decisión que se ajustase a las siguientes líneas. En varias ocasiones, la Corte ha revocado sentencias penales por razones de proceso debido, porque la ley en cuestión era demasiado vaga. (Por ejemplo, ha

anulado condenas impuestas en virtud de leyes que consideraban delito cobrar «precios irrazonables» o ser miembro de una «pandilla».) Una condena dictada en virtud de una ley penal vaga vulnera los ideales morales y políticos [que inspiraron la cláusula] del *proceso debido*, de dos maneras. Primero, coloca a un ciudadano en la injusta situación de actuar por su cuenta y riesgo, o bien de aceptar una restricción de su vida más tajante de lo que podría haber autorizado la legislación; y tal como ya he sostenido, como modelo de comportamiento social no es aceptable que en tales casos el ciudadano debe suponer lo peor. Segundo, da al fiscal y a los tribunales el poder de legislar en lo penal, al optar por una u otra de las interpretaciones posibles, después del hecho. Ello constituiría, por parte del legislador, una delegación de autoridad que no es congruente con nuestro esquema de división de poderes.

Ser condenado en virtud de una ley penal cuyos términos no sean vagos, pero cuya validez constitucional sea dudosa, vulnera la cláusula del *proceso debido* en el primero de estos sentidos: obliga a un ciudadano a suponer lo peor, o a actuar por su cuenta y riesgo. Y la vulnera también en un sentido semejante al segundo. La mayoría de los ciudadanos se dejarán disuadir por una ley dudosa, si por violarla corriese el riesgo de ir a la cárcel. En ese caso sería el Congreso y no los tribunales la voz efectivamente decisiva en cuanto a la constitucionalidad de las promulgaciones penales, y eso sería también una violación de la división de poderes.

Si los actos de disensión se mantienen después de que la Suprema Corte ha dictaminado que las leyes son válidas, o que lo es la doctrina política cuestionada, entonces ya no corresponde absolver por las razones que he presentado. Finalmente, y por las razones ya dadas, la decisión de la Corte no habrá establecido el derecho, pero la Corte habrá hecho todo lo posible por hacerlo. Sin embargo, los tribunales pueden seguir ejercitando su discreción para dictar sentencia e imponer penas mínimas o en suspenso, como signo de respeto hacia la posición del que discrepa.

Algunos juristas se scandalizarán de mi conclusión general de que tengamos una responsabilidad hacia quienes desobedecen por motivos de conciencia las leyes de reclutamiento, y que pueda exigírsenos que no los enjuiciemos, sino más bien que cambiamos nuestras leyes o adaptemos nuestros procedimientos judiciales para darles cabida. Las proposicio-

nes simples y draconianas, según las cuales el crimen debe ser castigado y quien entiende mal la ley debe atenerse a las consecuencias, tienen extraordinario arraigo en la imaginación, tanto profesional como popular. Pero la norma de derecho es más compleja y más inteligente, y es importante que sobreviva.